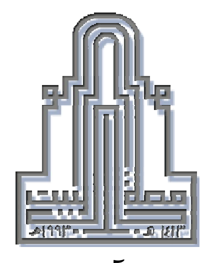
بسم الله الرحمن الرحيم



جامعة آل البيت
كلية الشريعة
قسم الفقه وأصوله

حق الخيار للزوجة وتطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية

(دراسة فقهية قانونية مقارنه)

The Right Choice for the Wife and Applications in the Personal Status Law (Comparative Study)

إعداد الطالب:
احمد علي وزان أبو سماقة
الرقم الجامعي: (٠٩٢٠١٠٤٠٠٧)

إشراف:
الدكتور جهاد سالم الشرفات

الفصل الأول (١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م)

حق الخيار للزوجة وتطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية
(دراسة فقهية قانونية مقارنه)

The Right Choice for the Wife and Applications in the Jordanian Personal Status Law
(Comparative Study)

إعداد الطالب:

احمد علي وزان أبو سماقة

الرقم الجامعي: (٠٩٢٠١٠٤٠٠٧)

إشراف:

الدكتور جهاد الشرفات

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
الدكتور جهاد سالم الشرفات	(رئيساً ومشرفاً)	....
الدكتور انس مصطفى ابو عطا	(عـــضـــواً)	....
الدكتور عبد الله الصيفي	(عـــضـــواً)	....

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله من كلية الشريعه في جامعة آل البيت.

نوقشت وأوصي بإجازتها بتاريخ ٢٢ /٢٠١٣/١٢م

الإهداء

إلى أحن وأرق من في الوجود . . . . التي رفعت عني الوزر . . . .

وكللت بالدعاء خطواتي. . . .

إلى والدتي حفظها الله. . .

إلى من رعاني وغرس في نفسي الإصرار على الحق

إلى والدي حفظه الله. . .

شكر وتقدير

الحمد الله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى اله وصحبه الطيبين الطاهرين ومن سار على نهجه إلى يوم الدين وبعد:

أتقدم بخالص شكري وتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور جهاد الشرفات حفظه الله الذي لم يتوان عن تقديم النصح والإرشاد، وسعة صدره في تقبل تساؤلاتي، والإجابة عليها أجابه شافيه كما منحني من علمه ودرايته، وعلمني من أدبه وحسن خلقه فجزاه الله عني خير الجزاء.

فهرس المحتويات

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى إلقاء الضوء على حق الخيار للزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، وقد قسمة الدراسة: الى مقدمة و فصلين وخاتمة فيها اهم النتائج والتوصيات بالإضافة إلى الفهارس حيث بينت في مقدمة الدراسة سبب اختيارالدراسة ثم بينت مشكلة الدراسة وأهمية الدراسة ،وبعد أوضحت المنهجية التي اعتمدها في دراسة المباحث الرسالة ثم تحدث في الفصل الأول :عن مفهوم الحق في الفقه الإسلامي وعن مفهوم الخيار في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية ومشروعية الخيار للزوجة والحكمة من مشروعية وأقسامه ثم تحدثت في الفصل الثاني:عن خيارات الزوجة في فسخ عقد الزواج في افقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية وما يتأثر به هذا الخيار من عوامل شخصية، وزمانية، ومكانية، ووسائل استخدامه، وبيان حدوده من خلال البحث في المصادر الأصلية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية مع بيان الرأي الذي أرجحه في الجزئية التي ابحثها من خلال الأدلة التي يستند لها كل فريق ومن ثم بيان رأي قانون الأحوال الشخصية في المسالة مبينا كيفية تطبيقها عمليا في مجال القضاء الشرعي في المملكة الأردنية الهاشمية من خلال الدعاوي المقامة و المتعلقة بجزئية البحث من خلال تفصيل وواقع العمل في مجال القضاء الشرعي والدعاوي التي لها صلة بحق الخيار للزوجة في مجال الأحوال الشخصية وبيان كيفية اثبات هذا الحق وبيان حالات سقوط هذا الحق في الفقه وقانون الأحوال الشخصية.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله، وصحبه أجمعين، أما بعد:

لقد خلق الله تعالى الإنسان لرسالة عظيمة، وأمانة ثقيلة، ألا وهي الاستخلاف في الأرض، وسبق علمه سبحانه تعالى بأن هذه الغاية من خلق الإنسان لا تتحقق إلا بالتناسل والتكاثر، فسن الزواج منذ خلق ادم عليه السلام حتى قيام الساعة، قال تعالى: ((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)) [(١)] فجمع الله تعالى بين الزوجين، وربط بينهما بميثاق قوامه المودة والرحمة والسكينة، ومقصود الزواج والحكمة منه قد لا تتحقق، فيتطرق إلى العلاقة الزوجية شيء من النقص المؤدي إلى ارتباك المشهد واختلاله في الحياة الزوجية وتنعدم المودة والرحمة، فتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، لذا وضع الإسلام حلولا لكل ذلك، تبدأ في بيان علاج نشوز لكلا الزوجين ، متدرجا في طريق العلاج، إلى أن انتهى إلى جعل الطلاق بيد الرجل، ويمكنه استخدامه إذا انعدمت الحلول، ولكنه في المقابل لم يهمل حق المرأة في إنهاء العلاقة الزوجية، فأعطاها حقا في الطلب، ورفع أمرها إلى القاضي في الأمور التي يثبت لها فيها حق الخيار في طلب التفريق بينها وبين زوجها اذا انعدمت السبل لإصلاح زوجها وعلاج ضرره.وعلى ذلك ستتناول هذه الدراسة العلمية الجانب الفقهي والقانوني لحق الخيار الذي تملكه الزوجة في الفقه الإسلامي، وقانون الأحوال الشخصية الأردني بين النظرية والتطبيق، والهدف الرئيس من ذلك هو بيان حقوق الزوجة في طلب التفريق في الأمور التي يثبت لها فيها حق الخيار، عند حصول ضرر من الاستمرار في عقد الزواج وبيان توازن الشريعة ويسرها ومراعتها في عدم تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق والتحكم بمصير المرأة على أي حال وفي أي ظرف حتى لو كان مضارا بها ومقصرا في حقوقها ولا شك ان بيان هذه الاحكام يقدم الصورة الناصعة لشريعتنا الغراء المتمثلة في عدالتها وموازنتها بين الحقوق لكل الأطراف الامر الذي يشعر بأن استقرار للأسرة المسلمة لايمكن الا بتباع تعاليم الدين الحنيف التي عدلت وساوت بين الرجال والنساء قال تعالى ((وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا)) [(٢)]كما ان هذه الدراسة قدمت هذا الموضوع بصوره مقارنة جامعة شتاته من المصادر

---

(1) سورة الروم آية رقم ٢١.
(2) سورة البقرة الآية رقم ٢٣١.

المعتمدة في كل مذهب مقارنا بقانون الأحوال الشخصية الأردني الأمر الذي يعطي صورة تامة لجزئيات هذا الموضوع بكل الجانبين الفقهي والقانوني وجمع شتات الموضوع من الكتب الفقهية والقضائية التي احتوتها على شكل جزئيات متناثرة وسبكها في موضوع علمي متكامل، لذا كان لا بد من وجود دراسة توضح هذه المفردات، وتربطها بالواقع من خلال التطبيقات القانونية لهذا الحق في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في محاولة الإجابة على التساؤلات التالية:

- ما المقصود بحق الخيار للزوجة في الفقه والقانون الأحوال الشخصية الأردني؟
- ما هي المسائل المعاصرة والمستجدة في حق الخيار للزوجة؟ وما هو الحكم الشرعي والقانوني فيها؟ وما هي آراء الفقهاء في هذه المسائل وأدلتهم عليها؟
- هل يوجد هناك تطبيقات قضائية أردنية لحق الخيار للزوجة بطلب فسخ عقد الزواج؟ وكيف تتم هذه التطبيقات؟
- ما مدى سلطة القاضي التقديرية في تطبيق أحكام الخيار؟
- ما هي حالات سقوط حق الخيار للزوجة في طلب الفسخ في الفقه والقانون؟

أهداف الدراسة

وستحاول هذه الدراسة بمعونة الله تعالى عز وجل .

اولا : استيعاب شتات هذا الموضوع من شتى الفروع الفقهية من خلال دراسة مستقلة شاملة وفق منهجية البحث العلمي .

ثانيا : دراسة المسائل الفقهية ومقارنه ذلك بقانون الأحوال الشخصية الأردني.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع من جهتين: (علمية، وأخرى عملية)

أولا: من الناحية العلمية:الرغبة في بيان الموضوع، ومعرفته وجمع جزئياته في رسالة علمية، يسهل الرجوع إليها، لإعطاء صورة واضحة حول الموضوع.

ثانيا: من الناحية العملية: تحقق معاني حق الخيار للزوجة في الفقه والقانون، وترجمتها إلى واقع عملي تطبيقي في حياة الأمة المسلمة وخاصة الأسرة.

أسباب اختيار الموضوع:

بالإضافة إلى ما سبق من أهمية البحث، فهناك عدد من الأسباب التي دفعتني إلى اختيار هذا الموضوع، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: أهمية الموضوع بالنسبة للزوجة، وبيان حقوقها من حيث استمرار الحياة الزوجية بضوابطها الشرعية، أو إنهاؤها، وتقرير الحقوق.

ثانياً: إظهار مرونة الشريعة الإسلامية، وذلك من خلال معالجتها لكل ما يستجد من الحوادث التي تؤدي للنزاع بين الزوجين.

ثالثاً: الرد على خصوم الإسلام الذين يدعون ظلم الإسلام للمرأة ويطالبون بمنحها الحرية، وذلك من خلال أظهار الحقوق التي منحتها الشريعة الإسلامية للمرأة في مجال الحياة الزوجية.

رابعا: إظهار أهمية المرأة، ومدى الاعتناء الواسع بها في الشريعة الإسلامية، ما يؤكد سبق وريادة وتقدم الشريعة الإسلامية على غيرها في هذا المجال، وصولا الى تأكيد حقيقة (ان المرأة هي الأفضل وهي الأميز)، وهذا ما يؤكده القاضي الدكتور احمد أعمر في كثير من قضاياه المنظورة.

الدراسات السابقة:

- في حدود ما أمكنني الاطلاع عليه من المصادر والمراجع الفقهية والقانونية لم أجد من افرد هذا الموضوع بالدراسة المتخصصة المستقلة الشمولية، ولكن من يرجع إلى تلك المصادر الفقهية والقانونية يجد أنها قد بحثت ذلك على شكل

جزئيات في باب الزواج والطلاق، لذلك جاء كثير من جزئيات موضوع الدراسة منتشراً في عدة أبواب من أبواب الفقه في تلك المصادر، فبعض الجزئيات موجودة في مصدر لا يوجد في غيره، وبعضها موجود في مصدر واحد، فتأتي هذه الدراسة لتجمع ما هو متفرق تحت موضوع واحد، مع التحليل، والنقد، والدراسة لبعض مسائل هذا الموضوع مع المقارنة بين المذاهب، ليستطيع القارئ معرفة أحكام حق الخيار للزوجة في الزواج وفسخ عقد الزواج دون رجوع إلى عشرات المصادر ليصل إلى المعلومة التي يريد وبكافة جزئياتها، كما ان المصادر الفقهية ذكرت بعضا من الأصول العامة فيما يتعلق بموضوع الدراسة، ففتحت المجال إمام دراسة هذه الأصول دراسة تفصيلية فتتوسع بها أفاق القارئ لتلك الأصول والتفريعات، وبناءً على ما سبق فان هذه الدراسة تأتي مكملة لذلك البناء الفقهي الذي وضع أسسه علماؤنا الأجلاء.

ولعلي أدرج من ضمن الدراسات التي اطلعت عليها فيما تحدثت عن حق الزوجة في طلب التفريق :

اولا : مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، الصابونيّ، عبد الرحمن. الطبعة الثانية دار الفكر.

ثانيا : السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية ، عمرو، عبد الفتاح. الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، الأردن، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م.

ثالثا اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص خاصة في قانون الأحوال الشخصية، كمال علي صالح الصمادي ، الطبعة الأولى ،٢٠٠٦ م.

رابعا : دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية، محمد أمين كامل الهنديّ.الأردنية. الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ ١٩٩٥م-

خامسا : نظرية التفريق القضائي ، اشرف العمري ، رسالة دكتورة ، الجامعة الاردنية ،٢٠٠٥م

سادسا : التفريق للعيوب بين الزوجين ، محمود الخطيب ، رسالة ماجستير ، جامعة الخليل ، ٢٠٠٥م

فقد تحدثت هذه الدراسات على حق الزوجة في بعض الحالات في طلب التفريق في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية فانها لم تتناول الموضوع بدراسة متكاملة متخصصة تتناول حق الخيار الزوجة في طلب الفسخ او الاستمرار في عقد الزواج مع ربط الدارسة بجانب التطبيقي والعملي فقد جاءت هذه الدراسة تتناول الموضوع بشكل متكامل لحق الخيار للزوجة في طلب الفسخ او الاستمرار في عقد الزواج ربط ذلك بالواقع العملي والتطبيقي في قانون الاحوال الشخصية.

منهجية الدراسة:

أسلوب البحث المتبع في هذه الرسالة يعتمد:

أولاً- المنهج الوصفي الاستقرائي: القائم على تتبع مفردات البحث في مظانها، ومصادرها، ومراجعها، ومن ثم جمع المادة العلمية، وتصنيفها وتبوبيها حسب تقسيم الدراسة

ثانياً - المنهج التحليلي: من خلال تحليل ما تم جمعه من مفردات البحث، وعرض ذلك، وصياغته بصوره واضحة.

ثالثا: المنهج ألتأصيلي: من خلال إرجاع المسائل والأفكار الى أصلها التشريعي، قرآنا وسنه، والى مقاصد الشريعة وقواعدها الكلية، أو إلى القواعد الفقهية أو النصوص الفقهية، كلما اقتضى المقام ذلك، والمقارنة مع قانون الأحوال الشخصية.

رابعا: المنهج التطبيقي: من خلال التركيز على ربط الجانب الفقهيّ النظريّ بالجانب التطبيقيّ العمليّ وفق قاعدة (ربط النظرية بالتطبيق).

وتحقيقا لذلك فإنني اتبعت الخطوات التالية:

أولا: استقراء الموضوع وجمعه من المصادر الفقهية المعتمدة في المذاهب الفقهية، وكتب الفقهاء بشكل عام، والمراجع القانونية ذات الصله بالموضوع.

ثانيا: الرجوع إلى المصادر المعتمدة في المذاهب في بحث المسائل الفقهية المطروحة عند الفقهاء والرجوع إلى كتب التفاسير المعتمدة وشروح الحديث ومصادر القواعد الفقهية والأصولية.

ثالثا: الدراسة التحليلية لمادة البحث ومقارنتها مع قانون الأحوال الشخصية مع التأصيل والتطبيق العلمي وفقا لما هو معمول به في المحاكم الشريعة في المملكة الأردنية الهاشمية.

رابعا: بيان موقف قانون الأحوال الشخصية في المسائل المطروحة في البحث مع الاستئناس بقرارات محاكم الاستئناف الشرعية، والقوانين ذات الصلة.

خامسا: عزو الآيات القرآنية الكريمة، من خلال ذكر السورة ورقم الآية.

سادسا: تخريج الأحاديث الشريفة والآثار من مصادرها الأصليه وبيان الحكم عليها وفقا للمصادر المعتمدة في ذلك.

سابعا: نسبة الأقوال والآراء الى قائليها.

ثامنا: المقارنة الفقهية مع التأصيل والتطبيق العملي.

تاسعا: تحديد معنى المصطلحات الواردة في الدراسة بالرجوع الى المصادر اللغوية والقانونية.

الفصل الأول

مفهوم الحق والخيار و أقسامه في الفقه الإسلامي والقانون

المبحث الأول: تعريف الحق لغة واصطلاحا

المطلب الأول: تعريف الحق لغة

المطلب الثاني: تعريف الحق اصطلاحا

المبحث الثاني: الخيار وأقسامه في الفقه والقانون

المطلب الأول: تعريف الخيار لغة واصطلاحا

المطلب الثاني: مشروع حق الخيار للزوجة

المطلب الثالث: الحكمة من تشريع الخيار للزوجة في الإسلام

المطلب الرابع: أقسام الخيار

المبحث الأول

تعريف الحق لغة واصطلاحا

المطلب الأول: تعريفُ الحقِ لغةً

ومن هذه المعاني:

١) ضدُ الباطلِ:[١] **قال تعالى: (**كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْحَقَّ وَالْبَاطِلَ**)**[٢]

٢) اسمٌ من أسماءِ اللهِ تعالى:[٣] قال تعالى: (ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَأَنَّهُ يُحْيِ الْمَوْتَى وَأَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِير)[٤].

٣) العدلُ[٥]: قالَ تعالى: (يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلا تَتَّبِعْ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ)[٦].

٤) الصدقُ:[٧] لقوله تعالى:(سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ)[٨].

ومن خلال استعراض المعاجم اللغوية يمكن للباحث تعريف الحق في الاستعمال اللغويّ، كما يلي: الحقُ في اللغةِ معانٍ متعددةٍ، كلها ترجعُ إلى معنى واحدٍ وهو: "الثابتُ الذي لا يسوغُ إنكارهُ[٩]

---

(1) محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، **مختار الصحاح**، إخراج دائرة المعاجم، مكتبة لبنان، ١٩٨٦، ص٦٢.

(2) سورة الرعد آية ١٧.

(3) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، **القاموسي المحيط**، تحقيق، مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف، محمد نعيم العرقسوسي، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م، ص(٨٧٤).

(4) سوره الحج آية ٦

(5) الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ص ٨٧٤

(6) سورة ص آية ٢٦

(7) الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ص٨٧٤

(8) سورة فصلت آية ٥٢

(9) علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، **معجم التعريفات**، تحقيق ودراسة، محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، ٨١٦هـ ١٤١٣م ص٧٩.

المطلب الثاني: تعريف الحق اصطلاحا:

أولا: تعريف الحق عند الفقهاء القدامى: استعمل الفقهاء القدامى مصطلح الحق كثيرا في مواضع مختلفة، وفي معان عديدة متمايزة ذات دلالات مختلفة، وعلى الرغم من انتظامها في معنى عام يجمعها، وهو الثبوت، ومع كثرة استعمالهم له لم يعنوا ببيان حدوده في مواضع استعمالاته المختلفة، بل اكتفوا بتوضيح معناه اللغويّ، ودلالته عليه، ووفائه بجميع استعمالاته في اللغة، والعلوم، ومخاطبات الناس(١).

وقد عرفه بعضهم بعدة تعريفات ومنها:

أ) عرفه ابن نجيم بأنه: ما يستحقه الرجل(٢).

ويرد عليه: "بأننا إذا نظرنا إلى هذا التعريف نجد فيه لفظة (يستحقه)، والاستحقاق مشتق من الحق، وعلى ذلك فقد توقفت معرفة الاستحقاق على معرفة الحق وتصديقه، والحق متوقف معرفته على معرفة الاستحقاق وتعريفه، ومعنى ذلك توقف معرفة الشيء على نفسه، وهو ما يسمى بالدور، والدور باطل يفسد التعريف"(٣).

ب) وعرفه البخاريّ بأنه: الحق الموجود من كل وجه الذي لا ريب في وجوده(٤).

ويرد على هذا التعريف: بأن هذا التعريف يدور حول المعنى الواضح للحق بمعناه اللغويّ من الوجود والثبوت(٥).

ج) وعرفه الجرجاني: هو الحكم المطابق للواقع، ويطلق على الأقوال، والعقائد، والأديان، والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك(٦).

ويردّ عليه: بأن التعريف غير جامع، ولا شامل لكل ما يطلق عليه لفظ (الحق) عند الفقهاء، فقد يطلق الحق على المال المملوك، وهو ليس حكما، ويطلق على الملك نفسه، وعلى الوصف الشرعيّ: كحق الولاية، والحضانة، والخيار، ويطلق على مرافق العقار كحق

---

(1) علي الخفيف، **الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية**، دار الفكر العربي، ١٤١٦هـ ١٩٩٦م، ص٦

(2) عبدالله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين ألنسفي: **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، الطبعة الأولى، ج٦، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م، ص٢٢٧.

(3) محمد طموم.**الحق في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، الناشر المكتبة المحمودية التجارية، مطبعة حسان، ١٣٩٨هـ ١٩٨٧م، ص٣٣.

(4) عبد العزيز بن احمد بن محمد علاء الدين البخاري، **كشف الأسرار** عن أصول فخر الإسلام البز دوي، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، الطبعة الأولى، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧م، ص١٩٥

(5) فتحي الدريني، **النظريات الفقهية**، الطبعة الثانية، منشورات جامعة دمشق، ص١١٧

(6) الجرجاني، **معجم التعريفات الجرجاني**، ص٧٩

الطرق، والمسيل، والمجرى، ويطلق على الآثار المترتبة على العقود كالالتزام بتسليم المبيع والثمن، وكل ذلك ليس حكما[1].

وهذه التعريفات هي ما أمكنني الوقوف عليه عند الفقهاء القدامى.

ثانيا: تعريف الحق عند الفقهاء المعاصرين.

عرفه الفقهاء المحدثون بتعريفات مختلفة منها:

١) عرفه الشيخ علي الخفيف: بأنه ما ثبت بإقرار الشارع، وأفضى عليه حمايته. [٢]

ويرد عليه: أنه غير جامع؛ لأنه لا يشمل الحقوق التي تثبت لغير الإنسان من الأشخاص الاعتبارية، كما أنه لا يشمل الحقوق الغيرية[٣].

٢) وعرفه إسماعيل العمري بأنه: ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير.[٤]

ويرد عليه: "أنه عرف الحق بالمعنى اللغويّ، وهو الثبوت، ومن ثم نصّ أن هذا الحق الثابت يكون بالشرع، ويكون للإنسان، أو الله تعالى على الغير وفي الوقت نفسه نص على مصدرية الحقوق، وهو الشرع الحنيف، ولا يدخل فيه حقوق الشخص المعنوية، وفي تعريفه يقصر الحقوق على الله تعالى وعلى الإنسان الذي هو الشخص الطبيعي"[٥].

٣) وعرفه مصطفى الزرقا بأنه: اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا[٦]

٤) فتحي الدريني بانه: هو اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر، تحقيقا لمصلحة معينة.[٧]

وبعد استعراض التعريفات السابقة يمكن القول: إن أحسن التعريفات للحق وأدقها هو تعريف الدكتور فتحي الدرينيّ، ويقرب من هذا التعريف تعريف الشيخ مصطفى الزرقاء.وقد ذكر الدريني أسباب مقنعة للترجيح سوف أذكرها.

أولا: شرح التعريف:[٨]

---

(1) وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، الطبعة الثالثة ج٤، دار الفكر، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م، ص٨.

(2) على الخفيف، **الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية**، ص٦.

(3) فتحي الدريني، **النظريات الفقهية**، ص١٢٣.

(4) إسماعيل العمري، **الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون**، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ ١٩٨٤م، مطبعة الزهراء الحديثة، الموصل، ص٢٨.

(5) احمد محمود الخولي، **نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م دار السلام مصر القاهرة، ص٤٢-٤٣.

(6) مصطفى أحمد الزرقاء.**الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثالث المدخل إلى نظرية الالتزام العام**، الطبعة السادسة، مطبعة طربين، دمشق، ١٣٨٤هـ ١٩٦٥م، ص١٠

(7) فتحي الدريني، **النظريات الفقهية**، ص١٢٣

(8) المقصود تعريف الدكتور فتحي الدريني، انظر: **النظريات الفقهية**، ص١٢٣-١٢٦

- **الاختصاص:** هو الإنفراد والاستئثار، وهو علاقة بين المختص والمختص به، و إذ نظرنا إلى المختص بموضع الحق أدركنا شمول التعريف لكل أنواع الحق، فإن كان المختص هو الله تعالى: فهذه حقوق الله، وإن كان غيره ذلك:فهي حقوق الأشخاص الاعتبارية.
- **يقر به الشرع سلطة:** هذا قيد يخرج الاختصاص الواقعيّ دون الشرعيّ الذي لا يرضاه الشرع: كالغاصب، والسارق، فاختصاص الغاصب بالمغصوب واقعي لا شرعيّ، أي ان الشارع لا يعدّ سلطة الغاصب على المغصوب سلطة شرعية، بل يوجب عليه رد ما غصب، فلا بد إذا من إقرار الشرع لعلاقة الاختصاص حتى تكتسب صفة المشروعية.
- **أما سلطة على شيء:** إشارة إلى الحقوق المتعلقة بالأعيان، وقد تكون منصبة على شيء، كحق الملكية.
- **أو اقتضاء أداء من آخر:** إشارة إلى الحقوق المتعلقة بالأشخاص ،وقد تكون سلطة منصبة على اقتضاء أداء من آخر فتكون فيه العلاقة بين الشخص الدائن والشخص المدين، والأداء قد يكون إيجابيا: كالقيام بعمل، أو سلبيا: كالامتناع عن عمل.
- **تحقيقا لمصلحة معينة:** يعترف بها الشرع، أي أن إقرار الشرع للاختصاص الذي أسبغ عليه صفة المشروعية، إنما كان ذلك من أجل تحقيق مصلحة معينة، ومطلوب من صاحب الحق العمل على توفيرها، وتحقيقها شرعا.

ثانيا: أسباب ترجيح هذا التعريف:[1]

١- يميز بين الحق وغايته، فالحق ليس هو المصلحة، بل وسيلة إليها.

٢- التعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى، وحقوق الأشخاص الطبيعية، والاعتبارية بنوعيها: العينية والشخصية.

٣- يبين مدى استعمال الحق، من خلال قيد(تحقيقا لمصلحة معينة)، إذ فيه تعليل لتقرير الشارع الاختصاص ولوازمه، فكل حق في الشرع ممنوح لتحقيق غاية معينة، وتظل حماية الشرع مبسوطة على هذا الاختصاص، ما دام صاحبه يقصد إلى تحقيق تلك الغاية، وبهذا القيد:يخرج التصرف المطلق الذي ينحرف عن غايته المرسومة شرعا.

(1) فتحي الدريني، **النظريات الفقهية**، ص١٢٦-١٢٧

٤- استبعد (المصلحة)من تعريف الحق، كما استبعد (الإرادة) لأن الأولى هي (غاية الحق) والثانية: (شرط لمباشرته واستعماله) وفرق بين الغاية والشرط، وبين جوهر الحق، وأنه علاقة شرعية اختصاصية.

٥- يشمل التعريف حقوق الأسرة، وحقوق المجتمع، وغيرها، من الحقوق الغيرية، والوظيفية التي لا ترجع فيها المصلحة إلى صاحب الحق، ولا إلى مباشره، بل إلى الغير غير أن الشريعة أسمتها حقوقا.

٦- المبحث الثاني : الخيار وأقسامه في الفقه والقانون

المطلب الأول: الخيار لغة واصطلاحا:

أولا: الخيار لغة: هو اسمٌ من الاختيار، وهو الاصطفاءُ والانتقاءُ والتفضيلُ، وخيـرهُ بـين الشيئين: فوّضَ لهُ الخيارَ.[١] والخيارُ والاختيارُ بمعنى واحدٍ[٢] ومنه قوله تعالى (وربكَ يخلـقُ ما يشاءُ ويختارُ)[٣].

ثاني: الخيار اصطلاحا:

الخيار بشكل عام: هو طلب خير الأمرين من إمضاء العقد، أو فسخه[٤]

أو هو في بيع وغيره طلب خير الأمرين، وهو هنا الفسخ، أو الإمضاء[٥].

وقد خصصه بعض الفقهاء في البيع: هو طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه. [٦]

وقد أضاف بعض الفقهاء في تعريف الخيار: (بأنه حق لأحـد المتعاقـدين، أو كليهمـا لظهور مسوغات أو أسباب لذلك).

أو هو(حق يثبت للعاقد في إمضاء العقد، أو عدم إمضائه، بفسخه لمـسوغ شـرعي يثبـت بسببه). [٧]

أو: هو(أن يكون لأحد المتعاقدين، أولهما، حق في فسخ العقد بأن يعطي الحق في تخير أحد الأمرين إما إمضاء العقد وتقريره أو فسخه ونقضه من أساسه)[١].

---

(1) الرازيّ، **مختار الصحاح**، ص٨١، الفيروز أباديّ، **القاموس المحيط**، ص٣٨٩، احمد بن محمد بن علـي الفيوميّ، **المصباح المنير**، طبعة بلونين ميسرة، مكتبة لبنان، ١٩٨٧م، (الخاء مع الياء وما يثلثهما) ص٧١، **المختار من صحاح اللغـة**، محمد محي الدين عبد الحميد ومحمد عبد اللطيف ألـسبكيّ، مطبعـة الاسـتقامة القاهرة، ص١٥٢، جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب** مـادة (خيـر)، ج٤، دار صادر بيروت، ص ٢٦٤-٢٦٦

(2) الفيوميّ، **المصباح المنير**، ص٧١، ابن منظور، **لسان العرب**، ج٤، ص ٢٦٦

(3) سوره القصص آية رقم ٦٨

(4) محمد الشربينيّ الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ج٢، دار إحيـاء التـراث العربـي، بيروت لبنان، ص٤٣، مصطفى السيوطي الرحيبانيّ، **مطالب أولى النهى فـي شـرح غايـة المنهـي** ج٣ منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، ص ٨٣، صالح بن فوزان بن عبد اله الفوزان، **الشرح المختصر علـى متن زاد المستنقع**، الطبعة الأولى، المجلد الثالث، دار العاصـمة المملكـة العربيـة الـسعودية الريـاض، ١٢٢٤هـ ٢٠٠٤م، ص ٤٦، أحمد ابو الفتوح، **المعاملات في الشريعة الإسـلامية والقـوانين المـصرية**، الطبعة الأولى، ج١، مطبعة البوسفور بشارع عبد العزيز مصر، ١٣٣٢هـ ١٩١٣م، ص ٢١٢.

(5) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، طبعة خاصة، ج٤، دار علم الكتب، الرياض، ص ١٤٢٩

(6) شمس الدين ابو عبد الله محمد بن عبد الله الزركشيّ، **شرح الزركشيّ على متن الخرفـيّ**، تحقيق:عبد الله عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، الطبعة الأولى، ج٣، مكتبة العبيكـان، الريـاض، ١٤١٣ هــ ١٩٩٣م، ص٣٨٣.

(7) عبد الله الدرعان، **المدخل للفقه الإسلامي**، الطبعة الأولى،، مكتبة التوبة، الرياض، ١٤١٣هـ ١٩٩٣ م، ص ٤٧٣.

أو هو: (حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه؛ لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق عقدي)[٢]

- أيضا: (هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما حق فسخ العقد أو حق إمضائه) [٣]
- وأيضا هو:(حق العاقد في فسخ العقد أو إمضائه؛ لظهور مسوغ شرعي، أو بمقتضى اتفاق تعاقدي)[٤]

ومن خلال هذه التعريفات يتبين أن الخيار:حق لأحد المتعاقدين، أو لكليهما في فسخ العقد؛ لظهور أسباب ومسوغات شرعية تقتضي ذلك، سواء أكان بإعطاء هذا الحق لأحد المتعاقدين عن طريق اتفاق بينهما، أو عن طريق الشارع بإعطاء هذا الحق لأحد المتعاقدين، وبما أن موضع البحث يتعلق (بحق الخيار للزوجة)فإن الزوج يملك الطلاق؛ لدفع الضرر عن نفسه إذا تضرر من الزوجة بطلاقها، بعكس الزوجة فهي لا تملك دفع الضرر عن نفسها إلا عن طريق الطلب، ورفع أمرها إلى القضاء، فأعطيت الخيار لدفع الضرر عن نفسها إذا تضررت من الزوج.

ويرى الباحث: أن **تعريف حق الخيار للزوجة في عقد الزواج** هو:حق الزوجة في الاستمرار بعقد الزواج او عدمه في حالات وضوابط خاصه شرعا وقانونا [٥]، كما في خيار العيب، وخيار الإعسار بالنفقة، والمهر،وخيار فقد الزوج، أو غيبته، أو حبسه، أو عدم الوفاء في الشروط المشروطة في عقد الزوج من قبل الزوج.

---

(1) محمد أبو زهرة، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر العربي، ص ٤٢٥.
(2) **الموسوعة الفقهية الكويتية**، الطبعة الثانية، ج٢، طبع ذات السلاسل الكويت وزارة الأوقاف للشؤون الإسلامية الكويت، ١٤١٠هـ ١٩٩٠م، ص ٤١
(3) عبد الرحمن الصابوني، **المدخل لدراسة التشريع الإسلامي**، ج٢، منشورات جامعة دمشق، ص٢٠٠.
(4) عبد الستار ابو غده، **الخيار وأثره في العقود**، الطبعة الثانية، مطبعة مقهوي، الكويت، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م، ص٤٣
(5) أي لوجود الأسباب والمسوغات الشرعية التي تقتضي طلبها التفريق أو طلب الفسخ والتي يجب على الزوجة إثباتها.

المطلب الثاني: مشروعية حق الخيار للمرأة

حق الخيار للمرأة في كافة شؤونها ثابت بالكتاب والسنة وعمل الصحابة والقياس والمعقول وأدلة ذلك مايلي:

أولا: من الكتاب: قال تعالى:((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً)) [١]

وجه الدلالة: أن النبيﷺ خير زوجاته بين الطلاق أو البقاء على النكاح[٢] ومن وجهة دلالة ذلك أيضا: أن الله تعالى أمر نبيه محمداﷺ تخيير نسائه بين اختيار الفراق أو الإبقاء على النكاح، والنبيﷺ خيرهن على ذلك، فلو لم تقع الفرقة به لم يكن للأمر بالتخيير معنى،[٣] وبهذا يدل على مشروعية إعطاء الزوجة حق الخيار وخيار التفويض للزوجة.

ثانيا: من السنة:

أ) عن عائشة رضي الله عنها قالت: خيرنا رسول اللهﷺ فاخترنا الله ورسوله، فلم يعدّ ذلك علينا شيئا[٤].

ب) عن عائشة رضي الله عنها قالت: لما أمر رسول اللهﷺ بتخيير أزواجه بدأ بي، فقال: إني ذاكر لك أمرا، فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك، قالت: قد علم أن أبوايّ لم يكونا ليأمراني بفراقه، قالت ثم قال: إن الله عز وجل قال: ((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً))[٥] قالت: فقلت: في أي

---

(1) سورة الأحزاب، أية ٢٨-٢٩.

(2) أحمد بن علي الرازي الجصاص، **أحكام القرآن الجصاص**، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، ج٥ دار إحياء التراث العربي، بيروت ــ١٤٠٥ هــ، ص٢٢٦.

(3) علاء الدين أبي بكر بن منصور الكاساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، ج٤، منشورات دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤٢٤هــ ٢٠٠٣م، ص ٢٥٨.

(4) أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاريّ، **صحيح البخاريّ**: تحقيق مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، ١٤٠٧هــ ١٩٨٧م، ج ٥، كتاب الطلاق، باب من خبر أزواجه (رقم ٤٩٦٢) ص ٢٥١٢، مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوريّ، **صحيح مسلم**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، ج ٢، دار أحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبيّ وشركاه، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ١٤١٢هـــ ١٩٩١م، كتاب الطلاق، باب بيان أن تخير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية رقم الحديث (١٤٧٧)، ص ١١٠٤

(5) سورة الأحزاب أية، ٢٨-٢٩.

هذا استأمر أبواي فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، قالت: ثم فعل أزواج رسول الله مثل ما فعلت. [١]

وجه الدلالة: أنه يوجب اختيار التفريق أو الإبقاء على النكاح، [٢] فدل ذلك على خيار التفويض كما هو معروف عند الفقهاء.

ج) عن عقبة بن عامر: قال رسول الله ﷺ (إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج). [٣]

وجه الدلالة: يدل ذلك على أن الشروط المذكورة في عقد النكاح يتعين الوفاء بها، سواء أكان الشرط عرضا، أو مالا، حيث كان الشرط للمرأة؛ لأن استحلال البضع إنما يكون فيما يتعلق بها أو ترضاه لغيرها [٤] كما دل على أنه يقتضي أن الشروط في النكاح أوكد منها في البيع. [٥] وبذلك يثبت حق الخيار للزوجة في فسخ عقد الزواج إذا اشترطت الزوجة على زوجها شروطا بشرط موافقتها لمقتضى العقد أن لم يتم الوفاء بها من قبل الزوج.

د) عن عائشة رضي الله عنها قالت: كانت في بريرة ثلاث سنن: أعتقت فخيرت، وقال رسول الله ﷺ: الولاء لمن أعتق، ودخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وبرمة [٦] على النار، فقرب إليه خبز و أدم من أدم البيت، فقال: ألم أر البرمة؟ فقيل: لحم تصدق به على بريرة، وأنت لا تأكل الصدقة، قال: هو عليها صدقة ولنا هدية. [٧]

وجه الدلالة: أن رسول الله ﷺ قد خير بريرة بعد عتقه لها بأن تبقى مع زوجها، أو أن تختار نفسها بمفارقة.

---

(1) مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الطلاق، باب بيان ان تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، ج ٢، رقم الحديث ١٤٧٥ ص ١١٠٣

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج ٤، ص٢٥٩.

(3) البخاري، **صحيح البخاريّ**، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ج٥، رقم الحديث ٤٨٥٦، ص ١٩٧٨، مسلم، **صحيح مسلم** كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، ج ٢، رقم الحديث ١٤١٨، ص ١٠٣٦.

(4) محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، **سبل السلام**، تحقيق حازم علي بهجت القاضي، ج٣، مكتبه نزار مصطفى ألباز، الرياض، مكة المكرمة، ١٤١٥هـ ١٩٩٥م، ص١٣٣١

(5) احمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية، **القواعد النورانية الفقهية**، تحقيق محيسن بن عبد الرحمن المحيسن، الطبعة الأولى، مكتبه التوبة، المملكة العربية السعودية الرياض، ١٤٢٣هـ، ص٣٧٧

(6) البرمة (قدر متخذ من حجر وقيل من غيره)

(7) **صحيح البخاريّ**، كتاب النكاح، باب الحرة تحت العبد، ج٥، رقم الحديث ٤٨٠٩، ص ١٩٥٩، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، ج٢، رقم الحديث ١٥٠٤، ص ١١٤١.مالك بن أنس محمد ورقة، **الموطأ**، وخرج أحاديثه وعلق عليه، محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار، دار إحياء الكتب العربية، ١٣٧٠ هـ ١٩٥١، ص ٥٦٢.

ه) عن عائشة أن فتاة دخلت عليها، فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه، ليرفع بي خسيسته، وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبيﷺ فجاء رسول اللهﷺ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها، فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم أللنساء من الأمر شيئاً) [١]

وجه الدلالة:أن النبيﷺ جعل لها الخيار، فأجازت ما صنع أبوها، فدل على أن الكفاءة شرط لزوم، وليس شرط صحة، بدليل أنه لم يبطل النكاح من أصله، ولأن العقد وقع بالأذن؛ ولنقص الموجود فيه لا يمنع صحته، وإنما ثبت الخيار: كالعيب من العنة، وغيرها.[٢] وعليه فإنه يثبت حق الخيار للزوجة في الاستمرار في العقد، أو فسخه لفقد الكفاءة.

و) **آثار السلف من الصحابة والتابعين:** عن سعيد بن المسيب أنه قال: أيّ رجل تزوج وبه جنون أو ضرر فإنها تخير، فإن شاءت قرت، وإن شاءت فارقت[٣]

وكذلك بعث عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجلاً على السعاية، فأتاه، فقال: تزوجت امرأة، فقال: أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك، قال: لا، قال: فأخبرها، وخيرها [٤].

وجه الدلالة: يدل على خيار الزوجة في فسخ عقد الزواج إذا ثبت في الزوج عيب لم تعلمه.

ثالثا: من القياس:

أ) قياس العيب في النكاح على العيب في البيع، أن كل عيب تنفر منه الزوجة تجاه زوجها، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة، والمودة، يوجب الخيار وهو أولى من البيع،[٥] وعليه يثبت حق الخيار للزوجة إذا وجدت في زوجها عيبا تتضرر منه الزوجة حال بقائها مع زوجها.

---

(1) أحمد بن شعيب بن علي الشهير النسائيّ، **سنن النسائيّ الكبرى**، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري و سيد كسروي حسن، الطبعة الاولى، ج ٣، دار الكتب العلمية بيروت، ١٤١١هـ ١٩٩١م، كتاب النكاح، باب البكر يزوجها أبوها وهي كارهة، رقم الحديث ٥٣٩٠، ص ٢٨٤، محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ج١، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، رقم الحديث ١٨٧٤، ص٦٠٢، محمد بن علي محمد الشوكاني، **نيل الأوطار**، تحقيق ابو معاذ طارق بن عوض الله محمد، الطبعة الأولى، ج٧، دار ابن القيم، المملكة العربية السعودية، دار ابن عفان، مصر، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م، كتاب النكاح، باب ما جاء في الكفاءة، رقم الحديث ٢٦٦٧، ص ٥٧٩ ، النسائي ، **سنن النسائي بأحكام الالباني** ، قال الالباني (ضعيف شاذ)الطبعة الثانية ، ج٦ ، تحقيق عبد الفتاح ابو غدة ، مكتب المطبوعات الاسلامية حلب، رقم الحديث ٣٢٦٩ ، ص٨٦

(2) ابن قدامة المقدسي، **المغني**، تحقيق:عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الثالثة، ج٩، دار عالم الكتب، الرياض ١٤١٧هـ ١٩٩٧م، ص٣٩٠.

(3) مالك بن أنس، **الموطأ**، كتاب الطلاق، باب من جاء في الخيار، ج٢، ص ٥٦٣.

(4) عبد الرزاق بن همام الصنعاني، **المصنف**، تحقيق حبيب الرحمن الاعظمي، الطبعة الثانية، ج٦، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م، ص ١٦٢ رقم ١٠٣٤٦

(5) ابن قيم الجوزيه، **زاد المعاد**، تحقيق شعيب الأرنؤوط و عبد القادر الأرنؤوط، الطبعة السادسة والعشرون، ج٥، مؤسسه الرسالة، بيروت، مكتبه المنار الإسلامي، الكويت، حولي، ص١٨٣

ب) إن الخيار يثبت للزوجة؛ لثبوت نقص في المعقود عليه، أو مقصد من مقاصد النكـــاح، ولنقصان في المعقود عليه يقتضي الخيار، فأشبه خيار البيع فيما لو اشترى معيبا. [١]

رابعا: المعقول

أ) للزوجة حق الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح، وهي خيـــار المعتقـــة، وامـــرأة العنين وتقع الفرقة بذلك الخيار. [٢]

ب) أن الله ورسوله لم يلزما مغرورا، ولا مغبونا قط بما غر أو غبن به، ومن تدبير مقاصـــد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح [٣] فإن الشرع لم يلزم الزوجة في البقاء على أضرار الزوج بها، و إنما أعطاها حق الخيار فـــي طلـــب الفرقة بينها وبين زوجها، كما أعطى الزوج حق الطلاق إذا وجد بها عيبا ينفر منه تجـــاه زوجته، ولا يحصل معه مقصود النكاح، فكان من حكمة الشارع وعدله بإعطاء الزوجـــة الخيار في طلب الفسخ والتفريق، لموافقة ذلك قواعد التشريع.

المطلب الثالث: الحكمة من تشريع الخيار للزوجة في الإسلام:

لقد شرع الله تعالى الزواج، وجعل له نظاما يحدد فيه علاقة كل مـــن الـــزوجين تجـــاه الآخر، وجعلهما شركاء في تحمل أعباء الحياة، وجعل بينهما مودة ورحمة، وسكينة، ووضـــع للزواج نظاما لتكوينه، يرقى بالإنسان عن الدائرة الحيوانية إلى العلاقة الروحية، ونقلـــة مـــن حياة الشقاء والبؤس إلى حياة الطمأنينة، والراحة النفسية، والبعد عن السآمة والملل، وهو مـــا يؤدي إلى تحقق المعاني الإنسانية الراقية: كالإيثار، وحب الغير، ومعرفة ما للإنـــسان مـــن حقوق، وما عليه من واجبات.[٤]

وبالتالي فإن من تشريع الخيار للزوجة في الإسلام دفع الضرر عن صاحب الحق فـــي الخيار وهي الزوجة ولهذا فان كثيرا من الفقهاء يعطون الزوجة حق الخيار في حالات كثيـــرة منها عدم الوفاء بالشرط، أو فقد في الكفاءة، أو الإعسار بالنفقة والمهر، أو لفقـــد الـــزوج أو غيبته أو هجره لزوجته، أو حبسه، وتضررت الزوجة من ذلك.

---

(1) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣ ص١٦٤، أبي إسحاق الشيرازي، **المهذب**، تحقيق، محمد الزحيلي، الطبعة الأولى، ج٤، دار القلم دمشق والدار الشامية بيروت، ١٤١٧هـــ ١٩٩٦م، ص١٣٠، يحيى ابن أبي الخير بـــن سالم العمراني الشافعي اليمني، **البيان**، تحقيق قاسم محمد النوري، الطبعة الأولى، ج٩، دار المنهاج، بيـــروت – لبنان، ١٤٢١هـــ٢٠٠٠م، ص١٩٧

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج ٤، ص ٢٥٩

(3) ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص١٨٣

(4) محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، ١٤٢٨هـــ ٢٠٠٧م، دار الفكر، الأردن – عمان، ص ١١.

المطلب الرابع: أقسام الخيار

أولا: ينقسم الخيار حسب طبيعته، ومصدره

ينقسم الخيار بحسب طبيعته ومصدره إلى ثلاثة أقسام:

أ) **الخيار الشرطي** (١)وهو الذي ينصرف له اللفظ (الخيار)عند الإطلاق (٢).

ب) **الخيار الإرادي:** وهو الذي ينشأ عن إرادة العاقد، فيكون مصدر هـذا الخيـار اتفـاق العاقدين على الخيار، فهو قائم على رضاهما به لأحدهما، كما في خيار الشرط. أمـا الغاية من هذه الخيارات التي تنشأ عن إرادة التعاقد فهي تقليب النظر، والتروي فيمـا تقتضيه مصلحة العاقد. أي صاحب الخيار (٣)

ج) **أما الخيار الحكميّ:** وهي التي تثبت بإنشاء الشرع لها، لحكمة اقتضت ذلك، أي يثبتـه الشارع لمستحقه دون رضا وإرادة الطرف الآخر، ويكون مصدره الـشرع، والغايـة منه درء الضرر، وتكملة النقيصة. (٤)

ثانيا: تقسيم الخيار بحسب غايته

تختلف الغاية من الخيارات باختلاف مقتضاها، فالغاية منه التقليب و النظر، والتـروي، ومنها ما تكون غايته درء الضرر، وتكملةالنقيصة. (٥) ويمكن تقسيم هذا النـوع إلـى (خيـار التروي وخيار النقيصة). (٦)ويسمى أيضا (خيار التشهي، وخيار النقيصة)(٧)

أ)**خيار التروي، أو خيار التشهي:**وهو الذي ينصرف له لفظ الخيـار عنـد الإطـلاق، ويطلق التشهي على ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما، مـن غيـر توقف على فوات أمر: كخيار الشرط، وخيار المجلس.(٨)

---

(1) محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي والمعروف بـ (الحطاب الرعيني)، **مواهـب الجليـل لـشرح مختصر خليل**، ضبطه ووضع آياته وأحاديثه، زكريا عميرات، الطبعة الأولـى، ج ٦، دار الكتـب العلميـة، بيروت، ١٤١٦هـ ١٩٩٥م، ص ٣٠١.

(2) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيد أحمد الدردير، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج ٣، جمع بدار إحياء الكتب العربية يحيى الحلبيّ وشركاه، ص ٩١

(3) عبد الله الدرعان، **المدخل للفقه الإسلامي**، ص ٤٧٥، ٤٧٦، أحمد أبو الفتوح، **المعاملات في الـشريعة الإسلامية**، ص ٢١٥.**الموسوعة الكويتية**، ج ٢٠، ص٤٤.

(4) عبد الله درعان، **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**، ص ٤٧٥.٤٧٦ **الموسوعة الفقهية**، ج٢٠، ص٤٤.

(5) عبد الله درعان، **المدخل لدراسة الفقه الإسلامي**، ص ٤٧٦.

(6) الحطاب، **مواهب الجليل**، ج٦ ص ٣٠١، الدسوقي، **حاشية الدسوقي** ج٣، ص٩١، أبي محمد بن محمـد الغزالي، **الوجيز في فقه مذهبي الإمام الشافعي**، تحقيق:أحمد فريد المزيدي، الطبعـة الأولـى، دار الكتـب العلمية، بيروت، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤، ص ١٤٣

(7) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٢، ص٤٣.

(8) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٣، ص٩١، الحطاب، **مواهب الجليل** ج٦ ص ٣٠١، الـشربيني، **مغنـي المحتاج**، ج٢، ص ٤٣، الغزالي، **الوجيز**، ص١٤٣.

ب) **خيار النقيصة:** هو ما يثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرطيّ، أو قضاء عرفيّ، أو تغرير فعليّ. [1]وعليه فان خيار التروي: يتسم بالتروي، والنظر، والتفكر في الأمر، والتبصر فيه[2].

وخيار النقيصة: يتسم لدفع الضرر عن صاحب الخيار.[3]

ولهذا جاء نص المادة (١٤٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني مؤكدا على هذين النوعين من أنواع الخيار حيث نص على ما يلي (للزوجة في الأحوال التي تعطيها حق الخيار أن تؤخر الدعوى، أو تتركها مدة بعد إقامتها).

ويدل ذلك على أن للزوجة أن تفكر وتتمهل، وتستشير، أي في التفكير والنظر في حقها عند الطلب، وبعد رفع أمرها إلى القاضي بأن تستمر في حياتها الزوجية مع زوجها، أو ان تختار فسخ عقد الزواج.

ثالثا: تقسيم الخيار بحسب الموضوع

يقسم خيار المرأة في عقد الزواج إلى سبعة أوجه، وهي: [4]

أولها:خيار فقد المسيس، فانه على خمسه أوجه في خمسة أنفس(أي اشخاص):

((العنين ،الخصي، النكاص، المسحور ،المحجوب))

والثاني:خيار وجود عيب :

والثالث: خيار الغرور (الخيار المترتب للزوجة لغط في صفه جوهرية او مؤثرة من صفات الزوج وهذا الغلط يجعل للزوجة الخيار البقاء والقرار وخيار الفرقة والفرار)

والرابع:خيار فقد الكفاءة:(فقد الزوج صفة من الصفات المعتبره في النكاح مثل الديانة و الصناعة والمال والحرية والنسب بحيث يكون للزوجة او اولياؤها اذا اشترطت الكفاءة في عقد الزوج الفسخ والاستمرار)

والخامس: خيار الإدراك (ومعناه أن الصغيرة إذا زوجها وليها ((أي غير الأب))فأدركت، فإن لها الخيار عند الإدراك، فإن شاءت استمرت مع زوجها، وإن شاءت فارقته)

---

(1) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٢، ص٤٣، الغزالي، **الوجيز**، ص١٤٤

(2) الحطاب الرعيني، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ج ٦، ص ٣٠١-٣٠٢.

(3) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المنوفي ألحصري الأنصاري، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، الطبعة الثالثة، ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م، ص٣.

(4) أبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي، **النتف في الفتاوى**، تحقيق:صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، دار الفرقان عمان الأردن، مؤسسه الرسالة بيروت لبنان، ج١، ص٣٠١

والسادس: خيار العتق (فان الامة اذا كان زوجها (مولى) من حر او عبد ثم اعتقها فان اختار نفسها وقعت الفرقة بلا تفريق من الحاكم)

والسابع: خيار التخير (هو ان يقول الرجل لامرأته اختاري فان اختارات زوجها فهي امرأته وان اختارت نفسها كانت تطلقة بأئن الخيار لها مادمت في المجلس)

- **كما قسم: ابن رشد الخيار للمرأة بحسب الموضوع إلى أربعة أقسام هي:** خيار العيوب، خيار الإعسار بالصداق، أو النفقة، أو الكسوة، والثالث: خيار الفقد، أي فقد الزوج، والرابع: خيار العتق للأمة المتزوجة[1].

ومما سبق فانه يمكن للباحث أن يقسم حق الخيار للمرأة في هذا البحث على النحو التالي:

أولا: خيار البلوغ والإفاقة للصغيرة.

ثانيا: خيار فقد الكفاءة.

ثالثا: خيار فقد الزوج ،أو غيبته، أو حبسه، أو هجره لزوجته.

رابعا: خيار الإعسار بالنفقة، والمهر المعجل.

خامسا: خيار العيب، وخيار الضرر، وعلى ذلك يجوز للزوجة الخيار؛ لتضررها من النقص الذي يطرأ عليها من زوجها بعدم التزامه الحقيقي بالمقاصد الأساسية للزواج.

سادسا: خيار عدم الوفاء بالشروط.

---

(1) محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ،الطبعة السادسة ،ج٢، دار المعرفة، للطبعة والنشر بيروت لبنان، ١٤٠٣هـ ١٩٨٢م ، ص٥٠.

الفصل الثاني

خيارات الزوجة في فسخ عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني

المبحث الأول: خيار البلوغ والإفاقة.

المبحث الثاني: حق الخيار للزوجة لفقد الكفاءة.

المبحث الثالث: حق الخيار للزوجة لفقد الزوج.

المبحث الرابع: حق الخيار للزوجة لغيبة الزوج.

المبحث الخامس: حق الخيار للزوجة لهجر زوجها.

المبحث السادس: حق الخيار للزوجة لحبس زوجها.

المبحث السابع حق الخيار للزوجة لإعسار الزوج بالنفقة.

المبحث الثامن: حق الخيار للزوجة للإعسار بالمهر.

المبحث التاسع: حق الخيار للزوجة للشقاق والنزع من الزوج.

المبحث العاشر: حق الخيار للزوجة بسبب عيوب الزوج.

المبحث الحادي عشر: حق الخيار للزوجة لعدم الوفاء بالشروط.

المبحث الأول

خيار البلوغ والإفاقة

المطلب الأول: تعريف خيار البلوغ والإفاقة لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف البلوغ لغة:

أي بلغَ المكانَ إنْ وصل إليه، وكذا إذا شارفَ عليهِ، ومنهُ قولهُ تعالى (فإذا بلغــنَ أجلهــنَّ)[١]، إي قاربْنَهُ[٢]، وبلوغاً: الغلامُ والجاريةُ: أدركاً. واصلهُ بلغا الحلمَ، وأوانَ التكليفِ، فهــو بـــالغٌ وهي، بالغةٌ[٣]، والبلوغُ نضجُ الوظائفِ التناسليةِ[٤].

الفرع الثاني: تعريف خيار البلوغ و الإفاقة اصطلاحا

تعريف خيار البلوغ: هو مركب إضافيّ من كلمتين(خيار وبلوغ).

وسمي أيضا خيار إدراك: ومعناه أن الصغيرة إذا زوجها وليها ((أي غير الأب))فأدركت، فإن لها الخيار عند الإدراك، فإن شاءت استمرت مع زوجها، وإن شاءت فارقته. [٥]

وعليه فإنه يمكن للباحث أن يعرف خيار البلوغ بأنه: حق مقرر شرعا وقانونا لكلا من الزوجين على الآخر، حال زواجه صغيرا عند بلوغه، وذلك باستمرار العقد، أو فسخه؛ ليـــدفع ضررا مقصودا واقعا عليه في عقد زواجهما.

تعريف خيار الإفاقة: هو مركب إضافي من كلمتين (خيار وإفاقة)

خيار الإفاقة: هو ان يثبت للمجنون جنونا مطبقا، أو المعتوه عتها تاما، إذا زوجا وهما كذلك من غير ابنهما أو أبيهما عند إفاقة أي منهما، وذلك بالاستمرار في العقد أو طلب فسخه، [٦]

ويأخذ المجنون جنونا مطبقا حكم الصغير غير المميز وهو محجور لذاته[٧].

---

(1) سوره الطلاق، آية رقم ٢.

(2) الرازي، **مختار الصحاح**، ص٢٦ احمد رضا، **معجم متن اللغــة**، ج١، دار مكتبـــة الحيـــاة، بيـــروت، ١٣٧٧هــ ١٩٥٨م، مادة (بلغ) ص٣٣٩.

(3) احمد رضا، **معجم متن اللغة**، ج١، ص٣٣٩.

(4) مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، ط٤، ١٤٥٠هــ ٢٠٠٤، مكتبة الشروق الدولية مصر، ص٧٠

(5)السغدي، **النتف في الفتاوى**، ج١، ص ٣٠٦، ابن الهمام الحنفي، **شرح فتح القدير**، الطبعة الأولى، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٤هــ ٢٠٠٣م، ص٢٦٩.

(6) بدران أبو العينيْن، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام** الطبعة الثانية، ١٩٦١، مطبعة دار التأليف مـــصر، ص ١٣٠.

(7) انظر في ذلك: المواد (٩٥٧و ٩٧٩) من المجلـــة والمـــواد(١/١٢٧و ١/١٢٨) مـــن القـــانون المـــدني، والمواد(١/٢١١و ٢١٢/أ) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

السبب الموجب لهذا الخيار: أن ولاية غير الأب سبب موجب لقصور الشفقة، فيتطرق الخلل إلى المقاصد التي شرع الزواج من أجلها، والضرر الخفي مقصود في مثل هذه الحالة، ولا يمكن دفع هذا الضرر إلا بخيار الإدراك. [١]

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في ثبوت حق الخيار للزوجة عند البلوغ أو الإفاقة

الفرع الأول: آراء الفقهاء فيما إذا زوج الأب الصغيرة أو المجنونة، فهل يثبت لهما حق خيار البلوغ أو الإفاقة؟

اتفقت المذاهب الأربعة[٢] على أنه: إذا زوج الأب ابنته الصغيرة أو المجنونة فإن العقد يبقى لازما، ولا يثبت لهما خيار بعد البلوغ أو الإفاقة.

لأن الأب له ولاية الإجبار في تزوجيها بغير رضاها [٣]، وعليه لا يثبت بعد البلوغ والإفاقة حق الخيار في المطالبة بفسخ عقد الزواج، لان ولاية الأب عليهما ولاية إجبار، و قد تزوج النبيّﷺ عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست سنين، و بنى بها وهي بنت تسع، ومكثت عنده تسعا. [٤] فدل ذلك على أن الأب إذا زوج ابنته لا يثبت لها الخيار إذا بلغت، لأن رسول اللهﷺ لم يخير عائشة، ولو كان الخيار ثابتا لها لخيرها كما خيرها عند نزول آية التخيير. [٥]

---

(1) ابن همام، **شرح فتح القدير**، ج٣ ص ٢٩٦.

(2) شمس الدين السرخسيّ، **المبسوط**، تصنيف، خليل الميس، ج٤، دار المعرفة، بيروت لبنان، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م، ص٢١٢، محمود بن احمد العينيّ، **البناية شرح الهداية**، الطبعة الثانية، ج٤، دار الفكر، بيروت لبنان، ١٤١١هـ ١٩٩٠م، ص٦٠٢، محمد عبد الوهاب علي بن نصر المالكي، **المعونة على مذهب أهل المدنية**، تحقيق:محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، الطبعة الأولى، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٨ هـ ١٩٩٨ م، ص٤٨٤، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، **الذخيرة**، تحقيق محمد ابو خبزة، الطبعة الأولى، ج٤، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م، ص٢١٧، الشيرازي، **المهذب**،، ج ٤، ص ١٢٥، الشربينيّ، **مغني المحتاج**، ج٣، ص١٤٩، يحيى بين شرف النووي، **روضة الطالبين**، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، طبعة خاصة، ج٥، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣-٢٠٠٣م، ص٤٠١، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧ص ٢٣٩٦، ٢٣٩٧، الزركشي، **شرح الزركشي**،، ج٥، ص٧٨، علي بن خلف المنوفي المالكي المصري، **كفاية الطالب الرباني**، تحقيق:أحمد حمدي إمام، الطبعة الأولى، ج٣، مطبعة المدني، مصر – القاهر، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م، ص٨٣.

(3) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٢، ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ ص٦، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٢٥

(4) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب من بنى بامرأة وهي بنت تسع سنين، ج٥، رقم الحديث ٤٨٦٣، ص ١٩٨٠، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب النكاح، باب تزويج الأب للبكر الصغيرة، ج٢، رقم الحديث ١٤٢٢، ص١٠٣٨

(5) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٤، ص ٢١٣.

الفرع الثاني: آراء الفقهاء فيما إذا زوج غير الأب الصغيرة و المجنونة في ثبوت لهما خيار البلوغ والإفاقة.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إنه إذا تولى غير الأب تزويج الصغيرة والمجنونة فإن لكل واحده منهما بعد البلوغ الخيار، بطلب فسخ العقد، أو الاستمرار في الرابطة الزوجية، وهو قول أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن. [١] ورأي عند المالكية [٢]، وقول عند الشافعية،[٣] ورأي عند الحنابلة[٤].

أدلة أصحاب القول الأول:

أولا: إن النبيّﷺ زوج أمامه بنت عمه حمزة من سلمه بن أبي سلمة، وهي صغيرة، وقال: (لها الخيار إذا بلغت). [٥]

ويستدل بهذا الحديث [٦]

أولا: أنه زوجها وليس لها بأب ولا جد، فدلّ ذلك على أن تزويج غير الأب والجد جائز للصغيرين، وانه صريح في جعل الخيار للزوجة إذا بلغت.

مناقشة ذلك:

أ) أن الحديث ضعيف، قال البيهقيّ هذا إسناد ضعيف، وليس فيه أنها كانت صغيرة، وللنبي في باب النكاح ما ليس لغيره، وكان أولى بالمؤمنين من أنفسهم، وبذلك تولى تزوجيها دون عمها العباس بن عبد المطلب إن كان فعل ذلك، والله أعلم. [٧]

---

(1) **السرخسيّ، المبسوط**، ج٤ ص٢١٣، عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، **الجامع الصغير**، إدارة القران والعلوم الإسلامية، باكستان، ١٤١١هـ ١٩٩٠م، ص ١٧٠-١٧١، العينيّ، **البناية**، ج٤ ص٦٠٢، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، **الدر المختار**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٣هـ ٢٠٠٤م، ص١٨٤، علاء الدين السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، الطبعة الأولى، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٠٥هـ ١٩٨٤، ص١٥٠.الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ضبطه وصححه، عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، الطبعة الأولى، ج١، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤٢١هـ ٢٠٠م، ص٣١٤-٣١٥، السغدي، **النتف في الفتاوى**، ج١، ص٢٧٥، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص ٢٦٨-٢٦٩

(2) القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٢٣١.

(3) الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص١٦٤-١٦٥.

(4) ابن قدامة، **المغني** ، ج٩، ص٤٠٢.

(5) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣ ص٢٦٨، **احمد بن الحسين بن علي البيهقيّ، السنن الكبرى**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م كتاب النكاح، باب ما جاء في النكاح اليتيمة، رقم الحديث ١٣٦٩٧، ص١٩٦-١٩٧، قال اسناد ضعيف ((ذكره وليس فيه لفظ لها الخيار اذا بلغت بل وليس فيه انها كانت صغيره))

(6) احمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، **أحكام القرآن**، ج٢، ص ٣٤٤، السرخسيّ، **المبسوط**، ج٤ ص٢١٤.

(7) البيهقيّ، **السنن الكبرى**، ج٧، ص ١٩٧.

ب) قصة ابنة حمزة، وعرضها على الرسولﷺ، تم ذكرها في الصحيحين ولم يذكر زواجها من سلمة[١].

ج) انها عرضت على الرسول ﷺ، بعدما بلغت[٢]

ثانيا: عن ابن عمر رضي الله عنهما قال توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خوله بنت حكم بن أمية وأوصى إلى أخيه قدامه بن مظعون، قال عبد الله (اي ابن عمر)وهما خالاي، فخطبت الى قدامة ابنة عثمان فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبة إلى أمها، فأرغبها في المال، فحطت إليه وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبيا، حتى ارتفع أمرهما الى النبيّﷺ فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله، ابنة أخي، وأوصى بها إلي، فزوجتها ابن عمتها عبد الله ابن عمر ولم أقصر بها في الصلاح و لا في الكفاءة، ولكنها امرأة وأنها حطت إلى هوى أمها، فقال رسول اللهﷺ ((هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها))، قال: فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها، فزوجوها المغيرة بن شعبة))[٣].

وجه الدلالة: أن النبيّﷺ خيرها، فاختارت الفسخ، بدليل ما روي عن ابن عمر أنه قال: (فانتزعت مني والله بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة)، فدل على خيار البلوغ إذا كان المزوج غير الأب[٤].

مناقشة ذلك: أن هذا الحديث ليس فيه أن الرسولﷺ قد خيرها بعد بلوغها بل الذي فيه أن رسول ﷺ نهى عن نكاحها بدون إذنها فقال((هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها))وهذا يدل على أنها بالغة حين خطبها أو تزوجها عبد الله بن عمر[٥]

القول الثاني: أنه إذا زوج الصغيرة غير الأب والجد فإنه لا يكون لهما خيار البلوغ، هذا رأي أبي يوسف من الحنفية[١].

---

(1) البخاري، **صحيح البخاري**، ج٤، كتاب المغازي، باب عمرة القضاء ذكره ابن عن النبي، رقم الحديث ٤٠٠٥، ص١٥٥١، **مسلم**، **صحيح مسلم**، كتاب الرضاعة، باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة، ج٢، رقم الحديث ١٤٤٨، ص١٠٧٢

(2) ابن حجر احمد بن حجر العسقلاني، **فتح الباري**، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله ابن باز، رقم كتبه وأبوابه أحاديثه محمد فواد عبد الباقي، اشرف على الطبعة محب الدين الخطيب دار المعرفة، بيروت لبنان، ج٧، ص ٥٠٨

(3) الإمام احمد بن حنبل، **مسند الإمام احمد**، تحقيق محمد عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٩هـ ٢٠٠٨م، ص٤٣٥، الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الثانية، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٢هـ ٢٠٠٢ م، رقم ٢٧٠٣، ص١٨١، قال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، البيهقيّ، **السنن الكبرى**، ج٧، ص١٩٥، محمد ناصر الدين الألباني، **ارواء الغليل**، الطبعة الأولى، ج٦، المكتب الإسلامي، بيروت – دمشق، ١٣٩٩هـ ١٩٧٩م، رقم ١٨٣٥.ص٢٣٣-٢٣٤، وحسنه الألباني

(4) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٢٦٧

(5) عوض بن رجاء العوفي، **الولاية في النكاح**، ج١، الطبعة الاولى، ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م، فهرس مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، ص ٤١٦

أدلة هذا القول:

أولا: إن هذا عقد بولاية مستحقة بالقرابة، فلا يثبت فيها خيار البلوغ كعقد الأب والجد، وهذا لأن القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية والقريب بالتصرف بنظر المولى عليه، لا لنفسه وهو قائم مقام الأب في التصرف في النفس كالوصي في التصرف في المال، فكما أن عقد الوصي يلزم ويكون كعقد الأب فيما قام فعله مقامه فكذلك عقد الولي.(٢)

مناقشة ذلك: إن أصل الشفقة موجود للولي، ولكنه ناقص، ويظهر ذلك عند المقابلة مع شفقة الآباء، وقد ظهر تأثير هذا النقصان حكما حين امتنع بثبوت الولاية في المال للأولياء، فلاعتبار وجود أصل الشفقة نفذنا العقد، ولاعتبار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار، لأن ثبوت الولاية لكيلا يفوت الكفء الذي خطبها فيكون بمعنى النظر لها، وإنما يتم النظر بإثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ بخلاف الأب، فإنه وافر الشفقة، تام الولاية، فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده، وكذلك في عقد الجد، لأنه بمنزلة الأب، تثبت ولايته في المال والنفس.(٣)

الرأي الراجح:

بعد عرض الأدلة أرى أن الراجح هو ثبوت الخيار للصغيرة والمجنونة عند بلوغها او أفاقتها بفسخ عقد الزواج أو الاستمرار به لان ولاية غير الأب مهما كانت درجه القرابة إلا أنها لا تخلو من القصور في الشفقة والرأي والنظر وتمام النظر مقترن بوفور الشفقة فلتمكن النقصان والقصور في رأيهم ثبت للصغيرة والمجنونة خيار الفسخ إذا أدركت وإفاقة بحيث تصبح راشدا في تصرفاتها. (٤)

المطلب الثالث: طريق وقوع الفرقة ونوعها بسبب خيار البلوغ والإفاقة

اشترط في وقوع الفرقة بين الزوجين في خيار البلوغ والإفاقة قضاء القاضي لفسخ عقد الزواج، لأن الفسخ هنا لدفع ضرر خفي، وهو تمكن الخلل، ولهذا يشمل الذكر والأنثى، فجعل إلزاما في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء(٥).

(1) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص ٢٦٩، الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٦٩ الشيباني، **الجامع الصغير، ص** ١٧١، العينيّ، **البناية في شرح العناية**، ج٤، ص٦٠٢.

(2) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٤، ص٢١٥، العينيّ، **البناية في شرح الهداية**، ج٤، ص٦٠٢.

(3) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٤، ص ٢١٥.

(4) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٤، ص ٢١٥.

(5) العينيّ، **البناية في شرح الهداية**، ج٤، ص٦٠٤، الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٧٢، الحصكفي، **الدر المختار**، ص١٨٤، الشيخ نظام وجماعة، **الفتاوى الهندية**، ج١، ص٣١٦، محمد حسين الشهير بابن عابدين، **رد المحتار**، تحقيق:عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، الطبعة الأولى، ج٤، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤١٥ هـ ١٩٩٤م، ص١٧٦، الشيباني، **الجامع الصغير**، ص ١٧١.

وعللوا ذلك بأن خيار البلوغ والإفاقة من الأسباب المختلف فيها بين العلماء، وهو حق ضعيف لقصور الشفقة من متولي عقد الزواج ولا يمكن الوقوف على حقيقته فكان ضعيفا في نفسه،ولهذا توقف على قضاء القاضي [1]، ولأن النكاح أوجد حقوقا شرعيّة قائمة على أساس شرعيّ صحيح، وكل حق وملك يثبت بأصل شرعيّ لا يزول إلا بالتراضي، أو حكم القاضي.[2]

كما أن القضاء شرط للفسخ، لا لثبوت الخيار، ولذلك كان عمل القاضي هو التحري من (أنه لم يحصل رضاء بالعقد بعد زوال القصر)، ومن ثم فإنه يقضي برفض الطلب إن ثبت له أنه قد حصل الرضا بالعقد، ويقضي بالفسخ، إن لم يكن قد حصل رضا بالعقد، ولم يحدث ما يبطل الخيار[3].

أما نوع الفرقة بسب خيار البلوغ والإفاقة: ذهب السادة الأحناف ومن وافقهم الذين قالوا بخيار البلوغ والإفاقة إلى أن نوع الفرقة الحاصلة بسبب خيار البلوغ والإفاقة أنها من قبيل الفسخ وهذه الفرقة (بالفسخ) تكون سواء كان طالب الفسخ هو الزوج أو الزوجة.[4]

المطلب الرابع: خيار البلوغ والإفاقة في قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ

أما موقف قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ لم يأخذ بخيار البلوغ والإفاقة بعد تحديد سن معين للزواج فيمكن أبرازه على النحو التالي:

فقد اشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة قد أتم كل منهما ثماني عشرة سنة شمسية من عمره، وذلك في الفقرة الأولى من المادة (١٠)من قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ، واستثنى في الفقرة التالية منها أنه يجوز للقاضي وبموافقة قاضي القضاة أن يأذن في حالات خاصة بزواج من أكمل الخامسة عشرة سنة شمسية من عمره، إذا كان في زواجه ضرورة تقتضيها المصلحة وجعل من تزوج وفق ذلك مكتسبا الأهلية الكاملة في كل، وبالتالي لا يكون له حق الخيار بعد ذلك فيما له صله أو علاقة بالزواج، أو الفرقة، والأمر كذلك فيما يتعلق بالمجنون فقد اشترطت الفقرة (أ) من المادة (١٠) من قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين، وقد أعطت المادة(١٢) من القانون المذكور للقاضي الحق أن يأذن بزواج من به جنون، أو عته، أو إعاقة عقليه، إذا ثبت بتقرير طبي رسمي أن

---

(1) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٤، ص ٢١٦، محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، ص ١٢٢.

(2) الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٧٢، محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ص١٢٢.

(3) محمد أبو زهره، **الأحوال الشخصية**، ص ١٢٢.

(4) برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغياني، **الهداية**، اعتنى بإخراجه نعيم اشرف نور احمد، الطبعة الأولى، ج٣، إدارة القران والعلوم الإسلامية، باكستان، ١٤١٧هـ، ص٤٥، الشيخ نظام وجماعة، **الفتاوى الهندية**، ج١، ص ٣١٦، ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٤، ص١٧٦، الحصكفي، **الدر المختار**، ص ١٨٤، زين العابدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم المصري، **غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر**، الطبعة الأولى، ج٢، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م، ص١٠٤

في زواجه مصلحة له، وأن مابه غير قابل للانتقال إلى نسله وانه لا يشكل خطورة على الطرف الآخر وبعد اطلاعه على حالته تفصيلا والتحقق من الرضا، فإذا زوج من به جنون أو إعاقة عقليه بإذن من القاضي فلا يثبت له الخيار بعد ذلك حال أفاقته، أما إذا كان القاصران أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد أو كان مكرها فإن العقد في هذه الحالة يكون فاسدا، عملا بالفقرة (ز) من المادة (٣١) من قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ، وتسمع الدعوى بفساده من أحد الزوجين أو بدعوى باسم الحق العام الشرعيّ مع مراعاة أن الدعوى لا تسمع بفساد الزواج بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملا أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية عملا بالفقرة (ج) من المادة (٣٥) من قانون الأحوال الشخصية، وبالتالي فلا خيار في الحالتين التاليتن قانونا:

أولا: الحالة التي يثبت فيها الصغر أو الجنون فالعقد يكون فاسد.

وثانيا: الحالة التي نصت عليها الفقرة(ز) من المادة (٣١) فالعقد يكون لازما ويستمر. كما أن القانون يعطي الزوجة بعد الزواج فقط حق الخيار في الفرقة إذا جن الزوج عملا بالمادة (١٣٥)من قانون الأحوال الشخصية.

التعليمات الخاصة بمنح الإذن بالزواج لمن هم دون سن الثامنة عشرة استنادا إلى المادة(١٠) من قانون الأحوال الشخصية:

أولا: ان يكون الخاطب كفؤا للمخطوبة وفق عناصر الكفاءة المنصوص عليها في الفقرة أ من المادة ١١ من قانون الأحوال الشخصية.

ثانيا: أن يتحقق القاضي من الرضا والاختيار التامين.

ثالثا: أن تتحقق المحكمة من الضرورة التي تقتضيها المصلحة سواء أكانت الضرورة اقتصادية أو اجتماعية او امني او غيرها مما يؤدي إلى تحقيق منفعة أو درء مفسدة وبما تراه مناسبا من وسائل التحقق وعلى أن تنزل الحاجة منزلة الضرورة في ذلك.

رابعا: أن تراعي المحكمة ما أمكن وحسب مقتضى الحال وجود مصلحة ظاهرة في الإذن بالزواج كأن يكون فارق السن بين الخاطبين مناسبا وأن لا يكون الزواج مكررا وأن لا يكون الزواج سببا في الانقطاع عن التعليم المدرسي.

خامسا: أن يجري العقد بموافقة الولي وذلك مع مراعاة المواد (١٧)و(١٨)و(٢٠)من قانون الأحوال الشخصية.

سادسا: يتم إجراء عقد الزواج بعد التحقق من انتفاء الموانع الشرعية والقانونية.

المبحث الثاني

حق الخيار للزوجة لفقد الكفاءة

المطلب الأول: تعريف الكفاءة لغة، واصطلاحا

الفرع الأول: تحديد معنى الكفاءة في اللغة: الكفيء:

النظيرُ، وكذلك الكفءُ والكفوءُ على وزنِ فَعُلَ ومفعولٌ، والمصدرُ الكفاءةُ بالفتحِ والمدِ، وتقولُ: لا كفاء لهُ بالكسر، وهو في الأصلِ مصدرٌ، أي لا نظيرَ لهُ. (١) والكفاءةُ: المماثلةُ في القوةِ والشرفِ، ومنهُ الكفاءةَ في الزواج: أن يكونَ الرجلُ مساوياً للمرأةِ في حسبها، ودينِها، وغير ذلكَ. [٢]والكفءُ: النظيرُ، والمساوي، وتكافأ الشيئانِ: تماثلاً وستويا، ويقالُ تكافأ القومُ وتكافأتْ الفرصُ: تساوتْ أمامَ كلِّ من يريدُ بكفايتِهِ[٣].

الفرع الثاني: تحديد معنى الكفاءة في الاصطلاح:

للكفاءة في الاصطلاح تعريفات متعددة أهمها:

- عرف الحنفية الكفاءة بأنها: مساواة مخصوصة، أو كون المرأة أدنى. [٤]
- ذهب المالكية إلى أن الكفاءة: المماثلة، و تكون في ثلاثة أمور على المذهب: الحال، والدين، والحرية، وزادوا بضم النسب والحسب احترازا[٥].
- ويقول الشافعية ان الكفاءة أمر يوجب عدمه عارا[٦].
- ذهب الحنابلة إلى القول: أن المماثلة والمساواة معتبرة في خمسة أشياء: الديانة، والصناعة، والميسرة والحرية، والنسب[٧].

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة (كفأ)، ج١، ص١٣٩، الرازي، **مختار الصحاح** (باب الكاف)، ص ٢٣٩.

(2) مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، ص٧٩١، السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث**، اشرف عليه، واعتنى به، علي بن علي بن عبد الحميد الحلبي، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، المملكة عربية السعودية، ١٤٢١هـ، باب الكاف مع الفاء مادة (كفأ) ص٨٠٤.

(3) ابن منظور، **لسان العرب** ج١ ص ١٣٩ معجم اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، ص٧٩١، الفيومي، **المصباح المنير**، (باب الكاف مع الفاء وما يثلثها)ص٢٠٥، م ابن الأثير، **النهاية في غريب الحديث**، ١٤٢١هـ، ص٨٠٤.

(4) الحصكفي، **الدر المختار**، ص١٨٦، مظفر الدين احمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي الحنفي، **مجمع البحرين و ملتقى النيرين**، تحقيق إلياس قبلان، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م، ص ٥٢١، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبوليّ، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، خرج آياته وأحادثه، خليل عمران المنصور، الطبعة الأولى، ج ١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٩هـ ١٩٩٨م، ص٥٠٠.(أي ان الكفاءة تشترط من جانب الرجل لا من جانب المراة)

(5) أحمد بن محمد أحمد الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك**، خرج أحاديثه، مصطفى كمال وصفي، ج٢، دار المعارف، القاهرة، ص٣٩٩

(6) الشربينيّ، **مغني المحتاج**، ج ٣، ص١٦٥.

(7) عبد القادر بن عمر الشيباني، **نيل المارب بشرح دليل الطالب**، تحقيق محمد سليمان عبد الله الأشقر، الطبعة الأولى، ج٢، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٠٤٣ هـ ١٩٨٣م، ص١٥٦-١٥٧.

ويقول الدكتور محمود السرطاوي الكفاءة: حالة يكون بها الزوج بحيث لا تعير الزوجة أو أولياؤها به، وهي معتبرة في النكاح، لان المصالح إنما تنتظم بين المتكافئين عادة[1].

المطلب الثاني: الكفاءة في عقد الزواج:

اختلف الفقهاء في اعتبار الكفاءة في عقد الزواج على قولين:

القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أن الكفاءة معتبرة في عقد الزواج، وهذا مذهب الحنفية [2] والمالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5].

أدلتهم:

أولا:من السنة:

1) عن جابر بن عبد الله قال رسول اللهﷺ:

"لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم".[6]

وجه الدلالة: أن النبيّﷺ قد منع الأولياء من تزويجهن إلا من أصحاب الكفاءة في التزويج.

2) عن علي بن أبي طالب أن رسول اللهﷺ قال له: يا علي، ثلاثة لا تؤخرها: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيم إذا وجدت لها كفؤا)[7].

---

(1) محمود السرطاويّ، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ص٧٤.

(2) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٥ ص٢٢، الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣ ص٥٧٣، عبد الغنى الغنيمى الدمشقي الميداني الحنفي، **اللباب شرح الكتاب**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ج٣، المكتبة العلمية، بيروت لبنان ص١٢، الشيخ نظام وجماعة، **الفتاوى الهندية**، ج١، ص٣٩.

(3) ابن رشد القرطبي، **بداية المجتهد**، ج٢، ص١٦، القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٢١١-٢١٢.

(4) الشربينيّ، **مغني المحتاج**، ج٣، ص١٦٤-١٦٥، الرملي، **نهاية المحتاج**، ج٦، ص٢٥٣

(5) ابن قدامة، **المغني**، ج ٩، ص٣٨٧-٣٨٩، تقي الدين محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي، **منتهى الإدارات**، تحقيق:عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، ج٤، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ص٧٩.

(6) علي بن عمر الدار قطني، **سنن الدار قطني**، تحقيق:عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، الطبعة الأولى ج٣، دار المعرفة، بيروت لبنان، ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م، كتاب النكاح، باب المهر رقم الحديث ٣٥٤٥، ص١٧٥، قال الدارقطني (مبشر بن عبيد متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها)، **البيهقيّ، السنن الكبرى**، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، ج٧، ص ٢١٥، قال البيهقي ((فهذا حديث ضعيف بمرة قال علي مبشر عبيد متروك أحاديثه لا يتابع عليها وقال الإمام احمد وقد رواه بقية عن مبشر عن الحجاج على أبي الزبير عن جابر وهو ضعيف لا تقوم بمثله الحجة وقيل عن بقية مثل الأول))، جمال الدين أبي محمد عبد الله يوسف الزيلعي الحنفي، **نصب الراية**، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ ١٩٩٧م، ج٣، كتاب النكاح، باب المهر رقم الحديث ٤٩٠٦، ص١٩٩ قال الزيلعي (وهو حديث ضعيف)، مؤسسة الريان: دار القبلة للثقافة الإسلامية، المكتبة المكية شرح أصل النسخة إدارة المجلس العلمي وزاد تعميما: محمد عوامله.

(7) محمد بن عيسى بن الترمذي السلمي، **سنن الترمذي**، تحقيق احمد محمد شاكر وآخرون ج ٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب الجنائز، باب ما جاء في تعجيل الجنازة، رقم الحديث(١٠٧٥) (قال هذا حديث غريب، وما أرى إسناده بمتصل) ص ٣٨٧.الحاكم النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين**، ج٢، كتاب النكاح ص١٧٦ رقم الحديث (٢٦٨٦)، قال هذا حديث غريب صحيح ولم يخرجاه.البيهقيّ، **السنن الكبرى**، كتاب النكاح باب اعتبار الكفاءة ج٧ ص٢١٤ رقم الحديث ١٣٧٥٧، ابن حجر العسقلاني، **تلخيص الحبير**، الطبعة الاولى، ج٣، مؤسسة قرطبة، ١٤١٦هـ ١٩٩٥م، قال ابن حجر(إسناده حسن)، ص٣٣٧

وجه الدلالة: عدم تأخير نكاح الأيم إذا وجدت لها كفؤا، أما إذا لم تجد الرجل الكفء لها فلا يفيد ذلك في الإسراع بزواجها، وإنما يتراخى الولي في زواج الأيم.وهذا يفيد أيضا باعتبار الكفاءة في الزواج.

ثانيا المعقول:

أولاً: إن الزوجين تجري بينهما مباسطات لا يبقى النكاح بدون تحملهما عادة، والتحمل من غير الكفء أمر صعب، ينقل على الطباع السلمية فلا يدوم مع عدمها[١].

ثانيا: إن المطلوب من النكاح السكون والود والمحبة، لقوله تعالى: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)[٢] ونفس المرأة شريفة المنصب لا تسكن للخسيس، بل إن ذلك سبب للعداوة والفتن والبغضاء والعار على مر العصور في الخلف والسلف، لذا فإن مقاربة الدنيء تضع، ومقاربة العلي ترفع، والقاعدة أن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يشرع[٣].

ثالثا: نكاح غير الكفء عار على الزوجة والأولياء، وغضاضة تدخل على الأولاد، يتعدى إليهم النقص بسببها، فكان لها وللأولياء دفعه عنهم وعنها[٤].

القول الثاني: يرى أصحاب هذا القول عدم اعتبار الكفاءة في عقد الزواج وهذا رأي سفيان الثوري [٥] وهو اختيار أبي الحسن الكرخي، والإمام أبي بكر الجصاص[٦].

أدلة أصحاب هذا القول:

أولا: من السنة النبوية:

أ- عن عائشة رضي الله عنها أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس وكان ممن شهد بدرا مع النبيّ ﷺ تبنى سالما، وأنكحه ابنة أخيه هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهو مولى لامرأة من الأنصار.......)[٧].

وجه الدلالة: دل الحديث على عدم اعتبار الكفاءة في النسب.

---

(1) ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٤، ص ٢٠٥.
(2) سورة الروم آية رقم ٢١.
(3) القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٢١١، ٢١٢.
(4) علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، **الحاوي الكبير**، تحقيق محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٤هـ ١٩٩٤م، ص١٠٠.
(5) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٥ ص ٢٢، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢ ص١٥٤.
(6) ابن عابدين، **رد المختار**، ج٤، ص٢٠٤، عبد الله بن محمد الموصلي، **الاختيار لتعليل المحتار**، تحقيق شعيب الارنؤوط واحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله، ج٣، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية دمشق،، ١٤٣٠ هـ ٢٠٠٩م، ص٨٨، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٢٨٣.
(7) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب الكفاءة في الدين، ج٥، رقم الحديث ٤٨٠٠، ص ١٩٥٧.

مناقشة ذلك: فلو كانت الكفاءة شرط في صحة النكاح لما تنازل أصحاب الحق في الكفاءة (المرأة و الأولياء)عن حقهم ورضوا بغير كفء.[1]

ب- عن أبي هريرة أن أبا هند حجم النبيّ ﷺ في اليافوخ [2]، فقال النبيّ صلى الله عليه وسلم ((يا بني بياضة، أنكحوا أبا هند، وانكحوا إليه)) وقال((: إن كان في شيء مما تداوون به خير فالحجامة))[3].

وجه الدلالة: أن الكفاءة غير معتبرة في النسب والحرفة، ولو كانت معتبرة لما أمر النبيّ صلى الله عليه وسلم بأبي بياضه في زواج مولاهم أبي هند وهو حاجم.

مناقشة ذلك: لا حجة لهم في الحديث لان الأمر بالتزويج يحتمل انه كان ندبا لهم إلى الأفضل وهو اختيار الدين وترك الكفاءة فيما سواه والاقتصار عليه ويحتمل انه كان أمر إيجاب، أمرهم بالتزويج منهما مع عدم الكفاءة تخصيصا لهما بذلك كما خص خزيمة بقبول شهادته وحده وخص أبا طيبة بشرب دمه ﷺ ونحو ذلك ولا شركة في موضوع الخصوصية[4].

ثانيا: من القياس:

قياس عدم اعتبار الكفاءة في القصاص على أن القصاص يحتاط فيه أكثر من غيره. ومع ذلك لم تعتبر فيه الكفاءة، ألا ترى أن الشريف يقتل بالوضيع، والصالح بالفاسق، فعدم اعتبارها في باب النكاح أولى وأجدر، لأنه أقل منه رتبة وأدنى درجة[5].

مناقشة ذلك: أن القصاص شرع لمصالح العباد في حفظ حياتهم من القتل، قال تعالى: (ولكم في القصاص حياة)[6]، واعتبار الكفاءة فيه يؤدي الى فوات هذا المعنى الذي شرع من أجله لأن كل شخص يقصد قتل عدوه الذي لا يكافئه فتفوت المصلحة المطلوبة من شرعيّة القصاص، وفي ذلك فساد الكون، واختلال نظام العالم، اما اعتبار الكفاءة في النكاح جاء

---

(1) الكاساني **بدائع الصنائع**، ج٣، ص ٥٧٧، ابن حجر، **فتح الباري**، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله ابن باز، رقم كتبه وأبوابه أحاديثه محمد فواد عبد الباقي، اشرف على الطبعة محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت لبنان، ج٩، ص١٣٥

(2) اليافوخ (ملتقى عظم مقدم الرأس ومؤخره)

(3) سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، **سنن أبي داوود**، حققه، شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي وشادي محسن الشياب، طبعة خاصة، ج٣، دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م كتاب النكاح باب في الكفاءة ص٤٤٠ رقم الحديث ٢١٠٢، الدار قطني، **سنن الدار قطني**، كتاب النكاح، باب المهر، ج٣ ص٢٢٨-٢٢٩، رقم الحديث ٣٧٣٧، ٣٧٣٨، ٣٧٣٩، الحاكم، **المستدرك على الصحيحين**، ج٢، ص١٧٨ رقم الحديث ٢٦٩٣، وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، البيهقيّ **السنن الكبرى**، كتاب النكاح، باب لا يرد نكاح غير الكفوء إذا رضيت به الزوجة ومن له أمرهما وكان مسلما، ص ٢٢٠، رقم الحديث ١٣٧٧٨، ابن حجر، **تلخيص الحبير**، ج٣، قال ابن حجر(إسناده حسن)، ص ٣٣٧

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٧٣-٥٧٤

(5) ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٤، ص٢٠٥.

(6) سوره البقرة اية رقم ١٧٩

محققه للمصلحة المطلوبة، والغاية المنشودة منه، لأن العلة في شرعيّة بقــاء النــسل بــسبب الازدواج، وهو لا يكون إلا بين المتكافئين، فيبطل هذا القياس[1].

(1) الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣ ص٥٧٤، ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٤، ص٢٠٥.

الرأي الراجح:

بالنظر إلى الادلة كل من الفريقين فيما يتقدم لنا ترجيح القول الأول وذلك لقوة أدلتهم وصراحتها من أن الكفاءة معتبرة في النكاح وان النكاح ينعقد صحيح بدونها لأن الأحاديث التي أوردوها صريحة في الدلالة على اعتبار الكفاءة في الجملة لورود لفظ الكفاءة فيها صراحة، وهذه الأحاديث وان كان في بعضها ضعف إلا أن فيها ما يصلح للاستدلال.

أما الدلالة التي استدل بها المانعون فإنها لا تصلح للاستدلال على نفي اعتبار الكفاءة مطلقا.

المطلب الثالث: حكم الكفاءة في عقد الزواج

اختلف الفقهاء القائلون باعتبار الكفاءة في عقد الزواج هل الكفاءة شرط لزوم أو شرط صحة، فمن اعتبر الكفاءة شرط لزوم فإن عقد الزواج يكون صحيحا، مع فوات الكفاءة، ويكون لمن له حق الخيار في فسخ العقد أو إمضائه، ومن اعتبر الكفاءة شرط صحة فإن فاتت الكفاءة فسخ العقد بحكم الشرع.

أقوال الفقهاء في ماهية الكفاءة في عقد الزواج:

القول الأول: إن الكفاءة شرط لزوم العقد، هذا القول ظاهر الرواية في مذهب الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية (٣) ورواية عند الحنابلة.(٤)

أدلة أصحاب هذا القول:

أولا: من السنة:

أ) عن عائشة رضي الله عنها أن فتاة دخلت عليها، فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، وأنا كارهة، قالت اجلسي حتى يأتي النبيّ ﷺ فجاء رسول اللهﷺ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها، فدعاه فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء من الأمر شيئاً)(٥).

---

(1) الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣ ص٥٧٤، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣ ص، ٢٨٠ المرغياني، **الهداية**، ج٣، ص٥٠، الحصكفي، **الدر المحتار**، ص١٨٦.

(2) الدر دير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٠١، ابن احمد بن جزى الكلبي الغرناطي المالكي، **القوانين الفقهية**، تحقيق محمد بن سيدي محمد مولاي، ج ٢، ص٣٣١، ابن نصر، **المعونة**، ج١ ص٤٩٦، القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٢١٣-٢١٥.

(3) **الشربينيّ**، **مغني المحتاج**، ج٣، ص١٦٤، الرملي المنوفي، **نهاية المحتاج**، ج٦، ص٢٥٤.

(4) ابن قدامة، **المغني**، ج٩ ص٣٨٧-٣٩٠، **الكافي**، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى، ج٤، دار هجر للطباعة والنشر، ١٤١٨ هـ ١٩٩٧م، ص٢٥٠، الفتوحي، **منتهى الإدارات**، ج٤، ص٧٩.

(5) سبق تخريجه ص ١٦.

وجه الدلالة:

أن النبيّ ﷺ لم يبطل النكاح من أصله، وإنما جعل لها الخيار في الفسخ أو الاستمرار فيه بجعل الأمر بيدها، فدل على أن الكفاءة في عقد الزواج شرط لزوم، وسبب أن النبيّ ﷺ لم يبطل النكاح من أصله، أن العقد وقع بالإذن، والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته، وإنما ثبت الخيار كالعيب من العنة. (١)

ب) قوله ﷺ: يا بني بياضه، أنكحوا أبا هند، وانكحوا إليه.(٢)

ج) عن عائشة أن أبا حذيفة تبنى سالما، وأنكحه بنت أخيه هند بنت الوليد، وهو مولى لامرأة من الأنصار. (٣)

وجه الدلالة في هذه الأحاديث:

هذه الأحاديث نصت على أن نكاح غير الكفء صحيح، لكن العقد يبقى لازما، فمن له الحق في الخيار الاستمرار به، أو فسخه.

ثانيا المعقول:

أ) أن فقد الكفاءة لا يؤدي إلى بطلان العقد أو فساده؛ لأنه يتطرق إليه شيء من النقص، والنقص يقتضي الخيار لا البطلان. (٤)

ب) أن الكفاءة حق للمرأة، أو للأولياء أو لهما، فلا يشترط وجودها في صحة النكاح كالسلامة من العيوب. (٥)

وعلى ذلك فإن فقدان الكفاءة كالسلامة من العيوب، فإذا ظهر عيب في الزوج جاز لمن له الحق بالخيار، إما فسخ العقد، أو الاستمرار في النكاح.

القول الثاني: ان الكفاءة تعد شرطا من شروط صحة عقد الزواج، فإذا فقدت الكفاءة فان العقد يقع فاسدا، وهذا قول عند متأخرى الحنفية(٦)، قول بعض المالكية(٧)، ورواية عند الحنابلة(٨).

---

(1) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٣٩٠.
(2) تقدم تخريجه.انظر ص٣٢
(3) تقدم تخريجه.انظر ص ٣١
(4) الشربينيّ، **مغني المحتاج**، ج٣، ص١٦٤، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٣٠.
(5) الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٧٨.
(6) الكليبوليّ، **مجمع الأنهر**، ج١، ص٤٩٠، الحصكفي، **الدر المختار**، ص١٨٦.
(7) الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٠١.
(8) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٣٨٧، ابن قدامه، **الكافي** ج٤، ص٢٥٠، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص٥٩.

أدلة أصحاب هذا القول.

أ) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم"[١].

وجه الدلالة: أن النبي نهى عن نكاح النساء لغير الأكفاء والنهي يدل على فساد المنهي عنه وعليه اذا زوجت المرأة من غير كفء كان النكاح فاسدا[٢].

مناقشة ذلك: إن الحديث ضعيف ولا يحتج به، وعلى فرض صحته فانه لا يدل على اشتراط الكفاءة في صحة النكاح لأنه يحمل على معنى انه لا ينبغي أن تنكح النساء إلا من الأكفاء قطعا لما يحصل من النزاع إذا عدمت الكفاءة فيكون قصده ﷺ إرشاد الناس للأولى[٣].

ب) قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : (لأ منعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء)[٤].

دل ذلك على أن الكفاءة شرط صحة في النكاح على ان غير الكفء لا يصح له أن يتزوج ذات الحسب[٥].

ومناقشة ذلك:

إنه لا يدل على اشتراط الكفاءة في صحة النكاح، وإنما غاية ما يدل عليه طلب الكفاءة، واعتبارها، يؤيد ذلك أنه روي عنه عن جماعة من الصحابة منهم ابن مسعود أنها ليست شرطا في النكاح.[٦]

الرأي الراجح: ويرى الباحث ترجيح قول الجمهور باعتبار الكفاءة شرطاً في لزوم العقد، فإذا فقدت الكفاءة كان لمن له حق الخيار فسخ العقد، أو الاستمرار فيه، ولهذا فان المرأة إذا تضررت من الزوج لعدم كفاءة الزوج فإن لها حق الخيار في طلب فسخ العقد، والتفريق بينها وبين زوجها من القاضي، كما يكون لها الحق في البقاء على عقد الزواج، والاستمرار فيه مالم يدل على الرضا صراحة بالزواج سواء كأن من طرف الزوجة او الولي اوظهور حبل وولدت الزوجة .

---

(1) تقدمه تخريجه ص٣٠

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ٥٧٧.

(3) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ٥٧٧، ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ٣٨٨.

(4) عبد الرزاق، **المصنف**، كتاب النكاح، باب الكفاءة، ج٦، رقم ١٠٣٢٤، ص ١٥٢، الدر قطني، **سنن الدار قطني**، كتاب النكاح، باب المهر، ج٣ ص٢٢٦، رقم ٣٧٢٩، البيهقيّ، **السنن الكبرى**،، كتاب النكاح، باب النكاح باب اعتبار الكفاءة، ج٧ ص٢١٥، رقم ١٣٧٦٢، الشوكاني، **نيل الأوطار**، كتاب النكاح، باب ما جاء في الكفاءة في النكاح، ج٧، ص٥٨٠، رقم ٢٦٦٨.محمد ناصر الدين الألباني، **إرواء الغليل**، ج٦، قال الألباني (ضعيف)، رقم ١٨٦٧، ص٢٦٥

(5) الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٧٧.

(6) الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٧٧.

المطلب الرابع: الصفات المعتبرة في الكفاءة.

لا خلاف بين فقهاء المذهب الأربعة في اعتبار الكفاءة في الزواج في الجملة و إنما الخلاف بينهم في الأوصاف المعتبرة فيها. فذهب الحنفية إلى الأوصاف المعتبرة في الكفاءة خمسة أشياء هي: (الحرية، والنسب، والمال، والدين، وإسلام الآباء)[١].

وذهب المالكية ان الكفاءة معتبرة قي ثلاثة أمور على المذهب: الحال أي السلامة من العيوب، والدين، والحرية، وزاد بعضهم(النسب، والحسب، والمال). والراجح أن هذه ثلاثة النسب والحسب والمال لا تعتبر فيها[٢].

وذهب الشافعية الصفات المعتبرة في الكفاءة ستة أشياء (السلامة من العيوب المثبتة للخيار والحرية ،ونسب، والدين، والحرية، والمال)[٣].

ذهب الحنابلة إلى أن الصفات المعتبرة في الكفاءة خمسة أشياء: (الديانة، والصناعة، والميسرة والحرية، والنسب)[٤].

فالأوصاف المتفق عليها بين الفقهاء والمختلف فيها بين المذهب هي سبعة أشياء فهي كما يلي: الدين، والمال، الحرية، و السلامة من العيوب المثبتة الخيار للزوجة، والحرفة والصناعة، والنسب، وإسلام الآباء.

وبما ان قانون الاحوال الشخصية الاردني اخذا بصفتين من صفات الكفاءة وهما(الدين والمال) فاذا تخلفت هاتين الصفتين كان لمن له الحق طلب فسخ عقد الزواج ،ومن هنا سنبين كل صفه من الصفتين بشكل مفصل .

أولا: الدين:

المراد بالدين: أي الديانة وهي التقوى والصلاح فالفاسق [٥]ليس كفئا للعفيفة او الصالحة او المستقيمة. و إنما فسره بالديانة لان مطلق الدين الإسلام ولا كلام فيه لان إسلام شرط صحة في عقد الزواج[٦].

---

(1) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص ١٥٤

(2) الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص ٣٩٩، ٤٠٠، ابن جزىء، **القوانبن الفقهية**، ج٢، ص ٣٣١

(3) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ١٦٥، ١٦٦، الرملي، **نهاية المحتاج** ج٦، ص ٢٥٦، **المهذب**، ج٤، ص ١٣١

(4) الشيباني، **نيل المارب بشرح دليل الطالب**،، ج٢، ص١٥٦–١٥٧.

(5) الفاسق هو (الذي يتناول المسكر و يذهب الى اماكن الفساد واندية القمار ويتركون الصلاة و الصيام)

(6) المرغياني، **الهداية**، ج٣، ص ٥٤، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص ٤٠٠، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص ١٣١، ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص ٣٩١

واختلاف الفقهاء في اعتبار الكفاءة في الزواج على قولين:

القول الأول: اعتبار الكفاءة في الدين، فلا يكون الفاسق كفؤا للصالحه. هذا رأي أبـــي حنيفـــة أبي يوسف وهو صحيح في المذهب[١] ومذهب المالكيـــة[٢] ومـــذهب الـــشافعية[٣] ومـــذهب الحنابلة[٤].

دليل هذه القول:

أولا: من السنة: عن أبي هريرة قال:قال إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنه في الأرض وفساد عريض[٥].

وجه الدلالة: ومفهومه انه اذا لم ترض دينه ولا خلقة لا يزوج[٦].

ثانيا: المعقول:

١- ان التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعيير بالفسق اشد وجوه التعيير[٧].

٢- ان الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية وغير مأمون على الـــنفس والمـــال مـــسلوب الولايات ناقص عند الله تعالى وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يكـــون كفـــؤا لعفيفة ولا مساويا لها[٨].

القول الثاني: عدم اعتبار الكفاءة في الدين والى هذا ذهب محمد بن الحسن الشيباني[٩].

دليل القول: لا تعتبر الكفاءة في الدين لان هذا من أمور الآخرة والكفاءة من أحكام الدنيا فلا يقـــدح فيها الفسق إلا اذ كان شيئا فاحشا بان كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك عليه ويصفع[١٠].

---

(1) المرغياني، **الهداية**، ج٣، ص ٥٤، الكاساني، **بـــدائع الـــصنائع**، ج٣، ص ٥٨١، الـــسمرقندي، **تحفـــة الفقهاء**، ج٢، ص ١٥٤

(2) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص ١٦، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص ٤٠٠

(3) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص ١٣١، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ١٦٦

(4) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٣٩١، الشيباني، **نيل المآرب**، ج٢، ص ١٥٦

(5) الترمذي، **سنن الترمـــذي**، ج٣، ص ٣٩٤، وأخرجه الترمذي عن طريق ابي حـــاتم المزنـــي، ج٣، ص ٣٩٥ وقال الترمذي هذا حديث حسن غريب، ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، ج١، كتاب النكاح، بـــاب الأكفـــاء، ص ٦٣٢ رقم ١٩٦٧، وصححه الحاكم في **المستدرك**، ج٢، ص ١٧٩، رقم ٢٦٩٥، وقال الحاكم هذا صحيح الإسناد، عبد الرزاق، **المصنف**، ج٦، ص ١٥٣، وقال الألباني، **في إرواء الغليـــل**، ج٦، ص ٢٦٦، ولعـــل تحسين الترمذي إنما باعتبار شواهده

(6) الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص ٦٠

(7) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص ٥٨١، المرغيني، **الهداية**، ج٣، ص ٥٤، العينـــي، **البـــاب شـــرح الكتاب**، ج٣، ص ١٣

(8) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص ٩٣١، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص ٦٨

(9) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص ٥٨٢، ابن همام، **شرح فتح القـــدير**، ج٣، ص ٣٩٠، الـــسمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص ١٥٤

(10) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص ٥٨٢، ابن همام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص ٣٩٠

نوقش: بأن هذا الاستدلال فيه نظر لان المعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على أحكام الآخرة أو عدمه ولان البناء هنا على أمر دنيوي بدليل أن المرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعف نسبه[١].

الرأي الراجح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم أرى ترجيح ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم وضعف دليل الرأي الأخر لان الديانة سواء أكانت من الزوج او الزوجة من أهم ما يبني عليه الأسرة المسلمة فكانت الديانة من أهم الصفات المعتبرة في الكفاءة فالتقوى والصلح من جانب الرجل هما الأساس الذي يجب أن تتطلع إليه المرأة وأولياؤها.

ثانيا: المال

اختلاف الفقهاء في اعتبر المال من صفات الكفاءة على قولين:

القول الأول: عدم اعتبار المال من صفات الكفاءة واليه ذهب المالكية في الراجح[٢] والشافعية في الأصح[٣] والحنابلة في رواية[٤].

دليل هذا القول:

١- ان المال ظل زائل وحائل حائل ومال مائل ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر[٥].

٢- ان المال ليس امرا لازما فأشبه العافية من المرض[٦].

القول الثاني: اعتبار المال من صفات الكفاءة فلا يكون الفقير كفؤا للغنية واليه ذهب الحنفية[٧] وقول عن المالكية[٨] والشافعية[٩] ورواية عن الحنابلة[١٠].

---

(1) ابن همام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص ٣٨٩

(2) الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص ٤٠٠

(3) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ١٦٧

(4) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص ٣٩٥

(5) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ١٦٧، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص ١٣٣

(6) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص ٣٩٥

(7) المرغياني، **الهداية**، ج٣، ص ٥٤، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص ٥٨٠، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص ١٥٥

(8) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص ١٦

(9) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ١٦٧، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص ١٣٢

(10) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص ٣٩٤، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص ٧٠، ٧١

دليل هذا القول:

أولا: من السنة: عن سمرة بن جندب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الحسب المال، والكرم التقوى)[1].

من المعقول: إن على الموسرة ضررا في إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤنه أولادها ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارنا ولان ذلك معدود نقصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ[2].

الرأي الراجح:

أرى ترجيح القول القائل باعتبار المال (وهو قدرة الزوج على النفقة وعلى دفع المهر المعجل او جزء منه)صفة من صفات الكفاءة لان اذا ثبت للزوجة حق الخيار في الفسخ لإعسار الزوج في النفقة فكان ابتداء العقد أولى.

المطلب الخامس: الوقت الذي تعتبر فيه الكفاءة:

الكفاءة معتبرة وقت إنشاء العقد فقط، ولا عبرة بتخلفها بعد ذلك، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء[3].

وبذلك لا ينفسخ العقد بتخلف وصف من الأوصاف بعد العقد؛ لأن الوقت المعتبر في الكفاءة هو وقت إنشاء العقد، فإذا كان صاحب مال وقت إنشاء العقد وأصبح بعدها مفلسا غير قادر على الإنفاق أو كان متدينا وأصبح بعدها فاسقا لم يكن للمرأة ولا لأحد او ليائها الاعتراض لأنها أمور عارضة عليه بعد العقد، و دوام الحال من المحال، كما ان فتح هذا الباب يؤدي إلى قتل روح الوفاء بين الزوجين[4] وعليه فإنه يثبت حق الخيار في حال فقد صفة من صفات الكفاءة وقت إنشاء العقد، أما إذا زالت الكفاءة بعد العقد فإنه لا يثبت حق خيار الفسخ لفقد الكفاءة.

---

(1) ابن ماجه، **سنن ابن ماجة**، كتاب النكاح، باب الورع والتقوى، ج٢، ص ١٤١٠ رقم ٤٢١٩، الترمذي، **سنن الترمذي**، كتاب تفسير القران، باب ومن سورة الحجرات، ج٥، قال الترمذي ((حديث حسن صحيح غريب))، ص ٣٩٠، الحاكم، **المستدرك**، ج٢ قال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه، رقم ٢٦٩٠، ص١٧٧، وصححه الألباني في **إرواء الغليل**، ج٦، ص ٢٧٠، ٢٧١

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص ٣٩٤

(3) ابن عابدين، **الدر المحتار**، ج٦، ص٢٥٥، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص ٣٣٩، الرملي، **نهاية المحتاج**، ج٦، ص ٢٥٥، ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٣٩٠.

(4) محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية** ص١٤٣.رمضان علي السيد الشرباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢م، ص١٤٧

المطلب السادس: الجانب الذي يشترط فيه الكفاءة:

تشترط الكفاءة في جانب الرجل، ولا تشترط في جانب المرأة، بهذا قال فقهاء المذاهب الأربعة[١] وسبب اشتراط الكفاءة في جانب الرجل الامور التالية:[٢]

أ) أن المرأة هي التي تعير بزواج غير الكفء، كما أن أهلها يعيرون بذلك، فالمرأة الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس، أما الرجل فلا يلحقه هو ولا أسرته معرة بزواج امرأة لا تساويه في المنزلة، ولو فرض وتعير بها فهو إنما يتخلص منها بالطلاق.

ب) أن الرجل له القوامة على المرأة، فسلطة التوجيه له لا لها، فلا بد من مساواته لها على الأقل حتى تقبل منه التوجيه، لأنه لو كان أقل منها منزلة فقد تستهين به، وتأنف من تنفيذ ما يطلبه منها، بخلاف المرأة فإنها لا تملك إيقاع الطلاق، بل أقصى ما تملك المرأة أن ترفع أمرها إلى القاضي؛ لطلب التفريق في أحوال استثنائية خاصة، فلذلك جعلت الكفاءة في جانب الرجل .

ج) أن الرجل إذا كان صاحب منزلة بين الناس رفع امرأته مهما كانت درجتها، على عكس المرأة فإنها مهما علت درجتها فلن ترفع ما في زوجها من خسة ودناءة.

حق الخيار للزوجة لفقد الكفاءة:

إن حق الخيار للزوجة لفقد الكفاءة يثبت للزوجة، كما يثبت للولي، وعلى هذا فلو أذنت المرأة وأوكلت الولي تزويجها ممن هو كفء لها ثم تبين بأنه غير كفء بأن كان فاسقا أو غير قادر على الإنفاق عليها فإنه يثبت لها حق خيار فسخ عقد الزواج؛ لعدم الكفاءة، وان رضي الولي بهذا الزواج فإن ذلك لا يسقط حقها في الفسخ لعدم الكفاءة[٣].

المطلب السابع: نوع الفرقة بفقدان الكفاءة ،وطريق وقوعها وسقوط الخيار.

لا خلاف بين القائلين بثبوت الخيار بفقد الكفاءة في وقوع الفرقة بين الزوجين إذا طلبها من له حق الخيار، ولكن اختلفوا في نوع الفرقة الواقعة بسببه هل هي فسخ أم طلاق على قولين:

---

(1) **السرخسيّ، المبسوط**، ج٥، ص٢٩، الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٨٣، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٠٠، الشربينيّ، **مغني المحتاج**، ج٣، ص١٦٥، الرملي المنوفي، **نهاية المحتاج**، ج٦، ص٢٥٥ ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٣٩٧ البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٢٤.

(2) العيني، **البناية**، ج٤، ص ٦١٩، محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، الطبعة الرابعة، ١٤٠٣هـ ١٩٨٢م، الدار الجامعية، بيروت، ص٣١٩.رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية** ص ١٤٧، محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، ص١٤٢.

(3) السغدي، **النتف في الفتاوى**، ج١، ص٣٠٦، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص ١٥٢، أبي عبد الله محمد الخرشي، **شرح الخرشي على مختصر خليل**، الطبعة الثانية، ج٣، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر المحمية، سنة ١٣١٧، ص٢٠٥-٢٠٦، الدر دير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٠١، الشربينيّ، **مغني المحتاج** ج٣، ص١٦٤، ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٤٠١، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص٨٤.

إن هذه الفرقة الواقعة بفقدان الكفاءة إذا طلبها صاحب الحق فيها فإنها فرقة فسخ، وبهذا قال الحنفية(١)، والشافعية(٢)، الحنابلة(٣).

أما عند الحنفية فهي فسخ لا أنها فرقة من قبل الزوجة ولم تقع من الزوج او نائبه وتفريق القاضي متى كان نيابة عن الزوج كان طلاق وهذا الفرقة لم تقع من الزوج ولا من نائبه فكانت فسخ(٤).

أما عند الشافعية والحنابلة فقالوا أن كل فرقة يوقعها الزوج او نائبه بالألفاظ الدالة عليها تكون طلاقاً وما عدا ذلك من الفرق فهي فسخ(٥).

القول الثاني: إن الفرقة بخيار فقد الكفاءة فهي طلاق لا فسخ وهذا عند المالكية وسبب ذلك راجع إلى سبب الموجب للتفريق فان كان راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا وان كان مما لهما ان يقيما عليه كان طلاق(٦). الفرقة بخيار فقد الكفاءة من قبل الزوجة او أوليائها فإذا كان الخيار الزوجة وأرادت ان تستمر في عقد الزوج الزواج صح لها و أن كان الخيار لي أوليائها ورضوا بالزواج صح لهما ذلك وان أرادوا اختيار الفرقة سواء كانوا من قبل الزوجة او أوليائها كان لهم ذلك وتكون الفرقة طلاقا وفقا ما هو منصوص عليه في مذهبهم.

الرأي الـراجح: أرء ترجيح القول القائل بان الفرقة بخيار فقد الكفاءة هي فرقة فسخ لأن هذه الفرقة تحتاج إلى نظر وبحث ومعرفة وحل المنازعات بين الزوجين فكان لابد من رفع الأمر من قبل الزوجة أو أوليائها إلى القاضي لحل ذلك النزاع فتكون فسخا لا نها لم تصدر من الزوج او نائبه.

طريق وقوع الفرقة:

لا تقع الفرقة بسبب فقد الكفاءة إلا في حالة طلبها من صاحب الحق فيها، ولا يكون ذلك إلا عن طريق القاضي(٧). وذلك للأسباب التالية:

---

(1) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٥، ص٢٦، الكاسانيّ، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٨٦، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٢٨٠-٢٨٢، الكليبوليّ، **مجمع الأنهر**، ج١، ص٥٠٥.

(2) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص١٠٧.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص ٣٩٠ الفتوحي، **منتهى الإرادات**، ج٤، ص٧٩-٨٠، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص٧٧-٧٨.

(4) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص ٢٦، ابن الهمام، **شرح فتح لقدير**، ج٣، ص٢٨٤.

(5) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ٢٥٨، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص ٧٠

(6) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص ٧١

(7) السرخسي، **المبسوط**، ج ٥، ص٢٦، محمد إبراهيم بن المنذر النيسابوري، **الإشراف**، تحقيق: أبو حماد جعفر أحمد الأنصاري، الطبعة الأولى، ج٥.مكتبة مكة الثقافية الإمارات، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م، ص٧.، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج ٥، ص٧٨

أولا: لأن هذه الفرقة مختلف فيها بين العلماء، فكان لكل واحد من الخصمين نوع من الحجة فيما يقول، فلا يكون التفريق إلا بالقضاء[1].

ثانيا: لأنه فسخ للعقد بسبب نقص، فكان القياس على الرد بالعيب بعد القبض، وذلك لا يثبت إلا بقضاء القاضي[2].

سقوط حق الخيار بسبب فقد الكفاءة:

ويكون ذلك في الحالات التالية:

أ) الرضا صراحة بالزواج، سواء أكان ذلك من طرف الوليّ، أو من طرف الزوجة، بأن يقول بالموافقة على استمرار الزواج؛ أي استمرار العقد، وعدم طلب الفسخ[3].

ب) إذا ولدت الزوجة، أو ظهر بها الحبل[4].

ج) قبض المهر وجهزها من قبل الزوجة او وليها فهذا رضا بالنكاح؛ لأن قبض المهر تقرير لحكم العقد، فيتضمن ذلك الرضا بالعقد ضرورة، ومباشرة الفعل الذي هو دليل الرضا بمنزلة التصريح بالرضا، ويكون هذا رضا بالنكاح؛ لأنه يخاصم في المهر، والنفقة؛ ليستوفي والاستيفاء يبني على تمام العقد، فتكون خصومته في ذلك، رضا منه بتمام النكاح بينهما[5].

المطلب الثامن: الكفاءة في القانون الأحوال الشخصية الأردنيّ:

اعتبر القانون أن الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج، وقصر الكفاءة في الزواج على أمرين: (التدين، والقدرة المالية على المهر المعجل، ونفقة الزوجة)، وقد نص على ذلك في الفقرة (أ) من المادة (٢١)من القانون الأحوال الشخصية الأردنيّ (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوء للمرأة في التدين، والمال، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادرا على المهر المعجل، ونفقة الزوجة)

وقد بين أن حق الخيار بطلب فسخ عقد الزواج يثبت للمرأة والولي، فهو حق خاص بهما دون سواهما، وقد بين القانون أن الكفاءة في الزواج تراعى عند عقد الزواج، ولا يؤثر زوالها بعد العقد، ولا يثبت للزوجة أو للولي حق فسخ عقد الزواج في حال زوال الكفاءة بعد

---

(1) السرخسيّ، **المبسوط** ج٥، ص٢٦، ابن همام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٢٨٤، الكليبوليّ، **مجمع الأنهر**، ج١، ص٥٠٥، العينيّ، **البناية** ج٤، ص٦٢٠، الميرغيناني، **الهداية** ج٣، ص ٥١،

(2) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٥، ص٢٦.

(3) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٥، ص٢٨.

(4) العينيّ، **البناية**، ج٤، ص٦٢٠، علي حسب الله، **الفرقة بين الزوجين**، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م، ص١٧٠.ابن منذر، **الاشراف**، ج٥، ص ٧

(5) السرخسيّ، **المبسوط**، ج٥، ص٢٧-، ٢٨، الكليبوليّ، **مجمع الأنهر**، ج١، ص٥٠٥.

العقد، وهذا ما نصت عليه فقرة (ب) المادة (٢١)من قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ: (الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وتراعى عند العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج)وقد بين القانون أنه إذا قصرت المرأة والولي في معرفة أحوال الخاطب والسؤال عنه ومعرفة، أحواله – سواء كانت بكرا أو ثيب –، ثم تبين أن الخاطب غير كفء فليس لهم حق الاعتراض وطلب الفسخ، لأن التقصير من جهتهم.

وهذا مانصت عليه المادة الفقرة (٢٢) من القانون الأحوال الشخصية فقرة(أ)(إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فليس لأي منها حق الاعتراض).

ولكن إذا اشترطت المرأة أو الولي الكفاءة حين العقد أو قبله، وأخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفؤ، ثم تبين أنه غير كفء كما لو اشترطت عليه أن يكون متدينا، أو ان يكون قادرا على الإنفاق عليها او ان يكون قادرا على دفع المهر المعجل–، ثم تبين أنه غير ذلك، فلكل من الزوجة والولي حق الخيار في طلب الفسخ أو الاستمرار في العقد إلا انه إن كان، كفؤا حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ.

وهذا ما نصت عليه الفقرة(ب)من المادة (٢٢)من قانون الأحوال الشخصية:(إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله أو أخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفؤ ثم تبين أنه غير ذلك فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج فإن كان كفؤا حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ)

نوع الفرقة لفقد الكفاءة:

أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء واعتبر التفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة أو الولي ((فسخا لعقد الزواج)) وهذا ما أشارت إليه الفقرة (ب) من المادة (٢٢) و المادة (٢٣) من قانون الأحوال الشخصية.

الحالات التي يسقط فيها حق الخيار للزوجة أو الولي بطلب بفسخ عقد الزواج لفقد الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ:

أولا: إذا حملت الزوجة من زوجها.

ثانيا: إذا سبق وان رضيت الزوجة صراحة أو دلالة بعدم كفاءة الزوج.

ثالثا: إذا زالت الكفاءة بعد العقد لأن فقد الكفاءة بعد العقد لا يؤثر على الزواج فلا بد من مراعاة الكفاءة عند العقد. وهذا مانصت عليه الفقرة (**ب**) من المادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية (الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي وتراعى عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج).

رابعا: إذا كان فقد الكفاءة بغير صفتي الدين والمال.

وهذا ما نصت عليه الفقرة (أ)من المادة (٢١) من قانون الأحوال الشخصية (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوا للمرأة في الدين والمال وكفاءة المال أن يكون الزوج قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة)

خامسا: مرور ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج.

ونصت عليه المادة(٢٣) من قانون الأحوال الشخصية على انه (يسقط حق فسخ عقد الزواج إذا حملت الزوجة أو سبق الرضا أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج)

التطبيق العملي لحق خيار الزوجة لطلب الفسخ لعدم الكفاءة:

١- لائحة الدعوى[١]

لدى محكمة.................. الشرعية / القضايا

المدعية:................... وكيلها المحامي:...........

المدعى عليه:................ وعنوانه للتبليغ:.............

الموضوع: فسخ عقد الزوج لعدم الكفاءة.

أعرض لفضيلتكم: أن المدعى عليه هو زوجي بصحيح العقد الشرعي بموجب العقد رقم.... الصادر عن محكمة.... الشرعية بتاريخ.... (وتذكر الخلوة الشرعية إذا تمت بينها وبين زوجها حسب الحال) وقد سجل لي مهر معجل قدره.... (وأنه لم يوصله لي كلا أو جزءا حسب واقع الحال)، أخبرني بأنه كفؤ و قادر على دفع نفقتي ومهري المعجل، تذكر انه كان قد حكم لها بنفقة بموجب حكم صادر عن المحكمة، وما هو المبلغ الذي يتراكم عليه[٢] إلا أنه تبين أنه غير قادر على دفعهما لي منذ زواجه بي وحتى الآن، اطلب الحكم بفسخ عقد زواجي من المدعى عليه؛ لعدم كفاءته حيث انه غير قادر على دفع نفقتي، ومهري المعجل المذكور، وتضمينه الرسوم والمصاريف القانونية.

واقبلوا فائق الاحترام.

---

(1) لائحة الدعوى او الشكوى تسمى فأول ما بدأت المحاماة في مصر ظهرت بمظهر تحرير عرائض الشكوى فكان الأهالي يطلبون من الذين يعرفون القراءة والكتابة أن يكتبوا لهم شكواهم وتولد طائفة ترتزق من ذلك وهي طائفة تعرف ((العرضحا لجية)) فيكتبونها في أوراق تسمى ((عرضحالات)) مقابل اجرة معلومة ثم يدفعونها إلى أصحابها فيقدمونها إلى المحاكم المختصة **انظر: المحاماة تاريخها في النظم وموقف الشريعة منها**، مشهور حسن محمود سلمان، **دار الفيحاء، عمان، ط١، ١٩٨٧م، ص٤٣**، وتقديم اللائحة هو الجانب المشعر باستخدام الزوجة لحقها بطلب التفريق للسبب الذي تدعيه حيث نصت المادة(١١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية على انه ((يجب ان تقدم لائحة الدعوى مشتملة على اسم كل من الفرقاء وشهرته ومحل إقامته وعلى الادعاء و البينات التي يستند إليها وتبلغ صوره عنها ألائحة إلى كل من المدعى عليهم))

(2) المعتبر في قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة(٢١)منه في الكفاءة ان يكون الرجل كفؤا للمرأة في أمرين: (الكفاءة في التدين، والكفاءة في المال)وكفاءة المال ان يكون الزوج قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة

وكما هو ملاحظ فإن لائحة الدعوى تشمل العناصر التالية:

١- الزوجية: حصول الزوجية الصحيحة بين الطرفين المتداعيين، وعدم الدخول.

٢- انشغال ذمة الزوج بالمهر أو توابع المهر أو أي جزء منهما، أما إذا أوصل الزوج لزوجته كامل مهرها فلا يحق لها طلب الفسخ.

٣- عدم قدرة الزوج على دفع نفقة زوجته أو مهرها.

٤- اشتراط الكفاءة حين العقد أو إخبار الزوج أنه بهذه الصفة.

إجراءات الدعوى

١- بعد تحديد موعد المحاكمة وتبليغ الزوج هذا الموعد حسب الأصول تسير المحكمة بالدعوى كالآتي:

فإذا كانت المحاكمة وجاهية: (اي حضور المدعى عليه او كيل عنه)

تكلف المحكمة بناء على طلب الزوجة الزوج الإجابة على دعواها بعد أن تكرر دعواها وتوضحها إن كانت بحاجة إلى توضيح، فإن صادقها الزوج بان أقر بدعواها فقد ثبتت دعوى المدعية، وإن أنكر جميع دعوى المدعية أو صادق على جزء منها وأنكر باقي دعوى المدعية تكلفها إثبات ما أنكره، فإذا ما أثبتت ذلك أصدر القاضي حكمه، وبذلك يتأكد اختيار الزوجة لهذا الطريق بالتفريق بينها وبين زوجها للسبب المذكور من دعواها.

والملاحظ أن حق الزوجة في اختيار هذا الطريق بالتفريق بينها وبين زوجها قد يوقف وترد دعواها إذا اثبت الزوج:ـ

١- أنه كان كفؤا عند عقد الزواج (بأنه كان موسرا أو قادرا على دفع النفقة والمهر وانه أعسر بعد ذلك [1]

٢- أنه أصبح كفؤا حين الخصومة (بإثبات يساره وقدرته على دفع النفقة ومهر زوجته المعجل)[2]

٣- إذا كانت الزوجة حاملا أو سبق منها الرضا بحاله ووضعه المادي أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج [3]

أما إذا كانت المحاكمة غيابية:

١- فان الزوجة تكلف بإثبات جميع دعواها.

---

(1) نصت الفقرة ب من المادة(٢١)من قانون الأحوال الشخصية على أن الكفاءة حق خاص بالمرأة والــولي ونراعى عند العقد فاذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج

(2) نصت الفقرة ب من المادة(٢٢)على أنه(إن كان الزوج كفؤا حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ)

(3) انظر المادة (٢٣) من قانون الأحوال الشخصية

٢- فإذا إذا أثبتت المدعية دعواها فإن على المحكمة أن تصدر قرارها بفسخ عقد الزواج الجاري بين الطرفين المتداعيين لعدم الكفاءة.

صيغة القرار:

بناء على الدعوى والطلب..... وعملا بالمواد.... فقد حكمت بفسخ عقد الزواج الجاري بين المدعية... المذكورة وزوجها المدعى عليه... المذكور الصادر عن محكمة.... الـشرعية بتاريخ... والذي يحمل رقم.... لعدم كفاءة الزوج المدعى عليه لزوجته المدعية لعـدم قدرتـه على أداء نفقتها ومهرها المعجل (أو مبلغ كذا من أصل مهرها المعجل البـالغ...)، وأن علـى المدعية العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ الحكم (وأنه لا عدة على المدعيـة إذا لـم يحـصل الدخول) حكما وجاهيا (أو غيابيا قابلا للاعتراض) قابلا للاستئناف وموقـوف النفـاذ عليـه تحريرا في..............

المبحث الثالث

حق الخيار للزوجة لفقد الزوج

المطلب الأول: تعريف المفقود لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف المفقود لغة:

فقدَ الشيءَ يفقدُهُ فقداً وفقداناً وفقوداً فهو مفقودٌ، وفقيدٌ: عدمَهُ، وأفقدَهُ اللهُ إيــاهُ، والفاقــدُ مــن النساءِ: التي يموتُ زوجُها، أو ولدُها، أو حميمُها[١] وفقْدُ الشيءِ فقداً وفقداناً: ضاعَ منهُ، يقالُ: فقــدَ الكتابَ، والمالَ، ونحوَهُ: خسرَهُ وعدمَهُ ويقالُ فقدَ الصديقَ وفقدتْ المرأةُ زوجَها.فهو فاقدٌ والمفعــولُ مفقودٌ وفقيدٌ [٢] والفقدُ: مصدرُ فقدَهُ، والفاءُ، والقافُ والدالُ: تدلُ على ذهابِ الشيءِ، وضياعَهُ[٣].

الفرع الثاني: تعريف المفقود اصطلاحا:

عرف الفقهاء المفقود بتعرفات متقاربة ،اذكر بعضها منها :

- تعريف الحنفية: هو اسم لموجود وهو حيّ باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر: كالميــت، باعتبار ماله وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبــره، واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد[٤]
- وهو أيضا: غائب انقطع خبره، ولا يعلم حياته ولا موته[٥].
- وقد عرفه المالكية بأنه: هو من انقطع خبره، ممكن الكشف عنه، فيخرج الأسير؛ لأنه ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه[٦].
- تعريف الشافعية بأنه: هو المنقطع الخبر في سفر، أو حضر، أو قتال، أو انكسار سفينة، لا يقسم ماله حتى تقوم البينة على موته، أو يمضي مدة يغلب على الظن أن لا يعــيش أكثــر منها ويحكم الحاكم بالاجتهاد بموته، ولا يشترط القطع، بل يكفي غلبة الظن[٧].
- تعريف الحنابلة بأنه: هو من انقطع خبره، ولا تعلم له حياة، ولا موت[١].

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب** مادة(فقد)، ج٣، ص٣٣٧، احمد رضا، **معجم متن اللغة** مــادة (فقــر)، ج٤، ص٤٣٣.

(2) مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، ص٦٩٦، ٦٩٧، الفيومي، **المصباح المنير**، ص١٨٢، باب الفــاء مع العين وما يثلثهما.

(3) احمد رضا، **معجم متن اللغة**، ج٤، ص٤٣٣.

(4) السرخسيّ، **المبسوط**، ج١١، ص٣٤

(5) الميداني، **اللباب**، ج٢، ص٢١٥

(6) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٧٩، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٥٠، ويخرج الاسير والمحبــوس ((لان حياتهما معلومة وعذرهما في نفي قصد المضارة ظاهر)) ابن نصر، المعونة، ج١، ص٥٥٠

(7) يوسف بن إبراهيم الاردبيلي، **الأنوار لأعمال الأبرار**، تحقيق خلف مفضي المطلق، الطبعة الأولــى، ج٢، دار الضياء الكويت، حولي، ١٤٢٧هــ ٢٠٠٦م، ص ٢٦٥

- تعريف المفقود في القانون: هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته[٢].
- أما تعريف خيار الفقد[٣]: فهو أن امرأة المفقود مخيرة بين أن تقيم على ما هي عليـــه، وبين أن تختار فراقه[٤].

من خلال هذه التعريفات فإن جميعها متقاربة جدا ومعناها واحد ، وهو من انقطـــع خبـــره وجهل حاله فلا يدري احي هو ام ميت سواء كان ذلك سببه السفر او حـــضوره قتـــالا ام انكسار سفينه ام غير ذلك .

المطلب الثاني: حق الخيار للزوجة لفقد الزوج

هل يثبت الخيار للزوجة بفسخ عقد الزواج لفقد الزوج؟؟ اختلف الفقهاء في ذلـــك علـــى قولين:

القول الأول: عدم ثبوت الخيار للزوجة لفقد الـــزوج، وأن علـــى الزوجـــة أن تنتظـــر زوجها حتى يثبت موته، أو طلاقه لها، أو أن يرجع وهذا قول الحنفية[٥] والشافعي في القـــول الجديد[٦]، والحنابلة فيما كان ظاهر غيبته السلامة[٧]. وقول ابن حزم الظاهري[٨].

أدلة القول الأول:

أولا من السنة:

أ- عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال رسول اللهﷺ:(امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان)[٩]

---

(1) الفتوحي، **منتهى الإرادات**، ج٣، ص٥٥٠
(2) المادة ٢٤٦ من قانون الأحوال الشخصية الأردني
(3) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص٥٢.
(4) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٥٠.
(5) السرخسي، **المبسوط**، ج١١، ص٣٤، الشيخ نظام وجماعة، **الفتاوى الهندية**، ج٢، ص٣١٨، الميـــداني، **اللباب شرح الكتاب**، ج٢، ص ٢١٦.
(6) النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٣٧٧، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٣٩٧، العمراني، **البيـــان** ج١١، ص٤٥، الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٣١٧
(7) ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص٢٤٧، ابن قدامه، **الكافي**، ج٥، ص٢١.
(8) علي بن احمد بن سعد بن حزم، **المحلى**، تحقيق محمد منير الدمـــشقي ج١٠، إدارة الطابعـــة المنيريـــه مصر، ص١٤٢
(9) الدار قطني، **سنن الدار قطني**، ج ٣ص٢٤٢ البيهقي، **السنن الكبرى** كتاب العدد باب مـــن قـــال امـــرأة المفقود امرأته، ج٧ ص٧٣١، رقم ١٥٥٦٥، قال البيهقي ((وكذلك رواه زكريا بن يحيى الواسطي عن سوار بن مصعب وسوار ضعيف)) الزيلعي، **نصب الراية**، ج٣ ص٤٧٣، قال الزيلعي ((ووجدته في نسخة أخـــرى حتى يأتها الخبر وهو حديث ضعيف))، محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس الحنظلي الـــرازي، **العلل لابن حاتم**، تحقيق: فريق من الباحثين: بإشراف وعناية، سعد بن عبد الله الحميد وخالد عبـــد الـــرحمن الجريسي، ج٤ الطبعة الأولى، الرياض، ١٤٢٧هـــ ٢٠٠٦م، ص١١٩ رقم ١٢٩٨، قال أبي حـــاتم: ((هـــذا حديث منكر ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث ويروى عن المغيرة بن شعبة عن النبي أحاديث من منـــاكير

ب-وجه الدلالة من الحديث :

بأن زوجة المفقود تبقى على عصمة زوجها، ولا يثبت لها حق الخيار في فسخ العقد إلا بثبوت موت زوجها، أو طلاقه لها.

مناقشة هذا الحديث:

أ) هذا حديث ضعيف لا يقوى به الاحتجاج[1].

رد على ذلك: بأن الحديث الضعيف يصلح مرجحا، لا مثبتا بالأصالة[2].

ب) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: (هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق)[3].

وجه الدلالة: يستدل من ذلك بأن زوجة المفقود عليها أن تصبر حتى يتبين موت زوجها، أو طلاقها، ولم يثبت لها خيار الفسخ لفقد الزوج.

يرد على ذلك بما يلي:

١- ما روي عن علي برواية الحكم وحماد مرسل والمسند عنه مثل قولنا[4]؛ أي مثل قول عمر رضي الله عنه: أن تتربص امرأته أربع سنين، وبعد أربع سنين لها حق الخيار في فسخ عقد الزواج.

٢- هذه القضايا انتشرت، فلم تنكر، فكانت إجماعا. [5]

٣- المسند مقدم على المرسل عند المحدثين.[6]

ثالثا: من المعقول

أولا: إن النكاح ثابت بيقين، والمفقود فيه شك بين موته وحياته، واليقين - أي النكاح- لا يزول بشك[1]

أباطيل))، الصنعاني، **سبل الإسلام** ج٣، ص١٥١٨، رقم ١٥/ ١٠٥١.علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي أبو الحسن ابن القطان، **بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام** تحقيق، الحسين ايت سعيد، ج٣، الطبعة الأولى، دار طيبة، الرياض.١٤١٨هـ ١٩٩٧م ص١٢٦-١٢٧، رقم ٨٢٣

(1) البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٧، ص٧٣١، الزيلعي، **نصب الراية**، ج٣، ص٤٧٣، محمد ناصر الدين الألباني، **ضعيف الجامع الصغير وزيادته**، أشرف على طبعه زهير الشاويش، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، ١٤١٠هـ ص، ١٨١ ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٦، ص١٣٧، ابن قدامه، **المغني**، ج١١ ص٢٥١.

(2) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٦، ص١٣٨

(3) عبد الرزاق، **المصنف**، كتاب الطلاق، باب التي لا تعلم مهلك زوجها، ج٧، ص، ٩٠ رقم ١٢٣٣٠، عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، الكوفي العبسي **المصنف في الأحاديث والآثار**،، تقديم وضبط: كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى ج٤، دار التاج، بيروت لبنان، ١٤٠٩، هـ ١٩٨٩م، ج٣، ص ٥٢١، رقم ١٦٧٠٩، البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٧، ص ٧٣١، ضعفه ابن الملقن في **البدر المنير**، ج٨، ٣٣٣-٣٣٤، وضعفه ابن حجر في، **تلخيص الحبير**، ج٣، ص ٤٧٣، الزيلعي، **نصب الراية**، ج٣، ص ٤٧٣

(4) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٢٥١.

(5) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص ٢٥١.

(6) المرجع السابق، ج١١، ص ٢٥١

ويرد على ذلك بما يلي: أن الشك ما تساوى فيه الأمران، والظاهر في هذه المسألة هلاكه[٢].

القول الثاني:

أن للزوجة حق الخيار في رفع أمرها إلى القاضي فيضرب لها أجلا فإن تبين أمر الـــزوج، وإلا اعتدت بالوفاة وحلت للأزواج، بفسخ عقد زواجها لتضررها من فقد زوجها وبعده عنها. هــذا مذهب المالكية[٣]، والشافعية في القول القديم[٤]، ومذهب الحنابلة إذا غاب غيبة ظاهرها الهلاك. [٥] لكنهم اختلفوا في مدة التأجيل فقال المالكية والشافعية في القول القديم والحنابلة ان مدة التأجيل أربـــع سنين فيضرب لها أربع سنين فان تبين أمر الزوج ولا اعتدت عدة الوفاة وحلت للأزواج هــذا رأي المالكية في من فقد في أرض المسلمين[٦] أما المفقود في الحرب بين المسلمين فيما بينهما والمفقود في الحرب بين المسلمين والكفار فللمالكية فيهما تفصيل: أما المفقود في الحرب بين المسلمين فيمـــا بينهما يترك أمر تحديد المدة إلى القاضي على أن تكون المدة كافية لمعرفة مصيره في المعركة على أن لا تقل عن سنه[٧] أما المفقود في قتال بين المسلمين والكفار فإن القاضي يؤجل النظر في الطلب لمدة سنه لمعرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا فإذا انقضت السنة حكم القاضي بموته[٨].

أدلة القول الثاني: الدليل الأول: من الكتاب: قال تعالى ((وَإِذَا طَلَّقْتُمْ النِّـــسَاءَ فَــبَلَغْنَ أَجَلَهُــنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَــدْ

---

(1) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٦، ص١٣٨، النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص ٣٧٨، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٣٩٧، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القز ويني الشافعي، **العزيز شرح الـــوجيز**، تحقيــق، علـــي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، ج ٩، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٧ هـــــ ١٩٩٧م، ص٤٨٥، ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص٢٥٠ ابن قدامه، **الكافي**، ج٥، ص ٢١.

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٢٥٠.

(3) ابي قاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن جلاب البصري، **التفريع**، تحقيق: حسين بن سالم الدهماني الطبعة الأولى، ج٢ دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان ١٤٠٨هـــ ١٩٨٧ م، ص١٠٧-١٠٨.، ابن نـــصر، **المعونة**، ج١، ص٥٥٠، ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص٥٢، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٧٩.

(4) النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٣٧٨، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٣٩٧، الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٣١٦.

(5) ابن قدامه ، **المغني**، ج١١، ص٢٤٨، ابن قدامه، **الكافي**، ج٥، ص ٢١، إبراهيم بن محمد بن سالم بـــن ضويان، **منار السبيل**، تحقيق زهير ألشاويش، الطبعة الخامسة، ج٢، المكتبة الإسلامية، بيروت، ١٤٠٢هـــــ ص ٨٧-٨٨

(6) ابن جلاب البصري، **التفريع**، ج٢، ص١٠٧-١٠٨.، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٥٠، ابـــن رشـــد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص٥٢، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٧٩.النووي، **روضـــة الطـــالبين**، ج٦، ص٣٧٨، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٣٩٧، الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٣١٦ ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص٢٤٨، ابن قدامه، **الكافي**، ج٥، ص ٢١، بن ضويان، **منار السبيل**، ج٢، ص ٨٧-٨٨

(7) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص ٥٣

(8) الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٤، ١٥٥.

ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)) [(١)]

وجه الدلالة: إن الله سبحانه وتعالى خير الأزواج بين أمرين: الإمساك بمعروف، أو التسريح بإحسان، وليس من المعروف أن تكون الزوجة كالمعلقة؛ لأن في حبسها على هذا الحال إضرار وعدوان يعرضها للفتنة، وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن إمساك الزوجة بقصد الإضرار بها، والاعتداء عليها[(٢)].

ولأنه لا يمكن رفع هذا الضرر إلا بإعطاء الزوجة حق الخيار في فسخ عقد الزوج؛ لفقد الزوج وتضررها ببعده عنها.

ثانيا: من السنة: أن رسول اللهﷺ قضى أن: "لا ضَرَرْ ولا ضِرَارْ"[(٣)].

ثالثا: من الأثر:

أ) عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : قال" أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين، تم تعتد أربعة أشهر وعشرا، ثم تحل". [(٤)]

وجه الدلالة: أن عمر رضي الله عنه قضى بذلك، واشتهر من غير إنكار، فصار مجمعا عليه.[(٥)] قال أحمد يروى عن عمر ثلاثة وجوه، ولم يعرف من الصحابة له مخالف. [(٦)]

مناقشة ذلك:

رجوع عمر رضي الله عنه إلى قول علي رضي الله عنه[(٧)] أن على امرأة المفقود أن تصبر حتى يتبين أمرها بطلاق، أو موت زوجها.

---

(1) **سورة البقرة الآية رقم ٢٣١.**

(2) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص ٣١٦.

(3) ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، ج٢، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ص ٧٨٤، رقم الحديث ٢٣٤٠، انس ابن مالك، **موطأ مالك**، كتاب الاقضية، باب القضاء في المرفق، ج٢، ص٧٤٥، الحاكم، **المستدرك على الصحيحين**، كتاب البيوع، ج٢، ص٦٦، رقم ٢٣٤٥، قال هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، صححه الألباني، في **إرواء الغليل**، ج٣، ص٤٠٨-٤١٤، رقم ٨٩٦.الزيلعي، **نصب الراية**، ج٤، ص٣٨٥.

(4) مالك ابن انس، **الموطأ**، كتاب الطلاق، باب عدة التي تفقد زوجها، ج٢، ص٥٧٥، رقم ٥٢.عبد الرزاق، **المصنف**، كتاب الطلاق، باب التي تعلم مهلك زوجها، ج٧، ص٨٨، رقم ١٢٣٢٣، البيهقي، **السنن الكبرى**، كتاب العدد، باب من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ثم تحل، ج٧، ص٧٣٢، رقم ١٥٥٦٦، الزيلعي، **نصب الراية**، ج٣، ص ٤٧١

(5) الرافعي القزويني، **العزيز شرح الوجيز**، ج ٩، ص٤٨٥

(6) ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص٢٥٠-٢٥١.

(7) محمد بن الحسن الشيبانيّ، **الحجة على أهل المدنية**، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري عنيت بنشرة لجنة إحياء المعارف النعمانية ببلدة حيدر أباد الركن تحت مراقبة رئيسها: أبو الوفاء الأفغاني، ج٤ عالم الكتب ببيروت، ص٥٧، السرخسيّ، **المبسوط**، ج١١، ص ٣٧، ٣٥، الماوردي، **الحاوي الكبير** ج١١ ص٣١٧ ابن قدامه، **المغني** ج١١ ص٢٤٨.

وقد رد على ذلك:

١) أما رجوع عمر فهو افتراء وكذب على سيدنا عمر رضي الله عنه[1] فقد جاء في المغني ((قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: تذهب إلى حديث عمر رضي الله عنــه؟ قال: هو أحسنها يروى عن عمر رضي الله عنه من ثمانية وجوه، ثم قال الإمــام احمد: زعموا أن عمر رضي الله عنه رجع عن هذا.هؤلاء الكذابين))[2].

٢) روى الجوزجانيّ وغيره بإسناده عن علي رضي الله عنه في امرأة المفقود (أنها تعتد أربع سنين، ثم يطلقها ولي زوجها، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعــشرا).[3] هذه قضية انتشرت بين الصحابة، فلم تنكر، فكانت إجماعا[4] أما مــا روى عــن علي، يرويه الحاكم وحماد مرسلا، والمسند عنه مثل قولنا: [5] والمسند مقدم على المرسل.

٣) عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد، قال: دخلت الشعب فاستهوتني الجــن، فمكثــت امرأتي أربع سنين، ثم أتت عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين من حين رفعــت أمرها إليه، ثم دعا وليه فطلق، وأمرها أن تعتد أربعة أشهر وعــشرا، قــال: ثــم جئت بعدما، تزوجت، فخيرني بينها وبين الصداق الذي أصدقت.[6]

رابعا:من القياس: لما كان الخيار ثابتا لها في الفرقة مع العنة والايلاء، ولم يكن فيها إلا فقــد الوطء دون فقد العشرة والنفقة، فكان في مسألتنا الجامعة لفقد كل ذلك أولى بثبوت الخيار. [7]

مناقشة ذلك: أن سبب الفرقة بالعنة والإعسار متحقق، أما هنــا فــان ســبب الفرقــة غيــر متحقق.[8]

وتختلف (فرقة الفقد)عن (فرقة العنين) و(الإعسار بالنفقة)؛ لأنه بالعنة و الإعسار بالنفقة فقد ثبت سبب الفرقة، أما الفقد فلم يثبت سبب الفرقة وهو الموت. [9]

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج١١، ص ٢٤٨، ضويان، **منار السبيل**،، ج٢، ص ٨٨
(2) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص ٢٤٨
(3) ابن قدامة، **المغني** ج١١ ص٢٥١.
(4) ابن قدامه، **المغني** ج١١ ص٢٥١.
(5) ابن قدامه، **المغني** ج١١ ص٢٥١.
(6) عبد الرزاق، **المصنف**، باب التي لا تعلم مهلــك زوجهــا، ج٧ ص٨٦-٨٧، رقــم ١٢٣٢٠-١٢٣٢٢، البيهقي، **السنن الكبــرى**، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق ومن أنكره ج٧، ص٧٣٣-٧٣٥، وصححه الألباني، **في إرواء الغليل**، ج٦، ص ١٥١، الزيلعي، **نصب الراية**، ج٣، ص ٤٧١
(7) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٥١، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٥٤٥، الماوردي، **الحاوي الكبيــر** ج، ١١، ص ٣١٧، ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٢٤٧.
(8) العمراني، **البيان**، ج١١، ص٤٦.
(9) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٥٤٥-٥٤٦.

ويرد على ذلك:

إن الضرر متحقق بالعنة والإعسار للزوجة، فهو متحقق على الزوجة، وأكثر ضررا من ذلك؛و لأنه ربما تزول العنة ويزول الإعسار، بينما ضرر الفقد ربما يستمر ولا يزال هذا الضرر عن الزوجة إلا بإعطائها حق الخيار لها في فسخ عقد الزواج.[١]

الرأي الراجح:

يرى الباحث ترجيح، القول القائل بإعطاء حق الخيار للزوجة لفسخ عقد زواجها وطلب التفريق بينها وبين زوجها المفقود، إذا تطاولت مدة غياب الزوج عن زوجته، فهي لا تعلم ولا تعرف حياته من موته، فكان لابد من إعطائها حق خيار طلب الفسخ بناء على طلبها، إذا تضررت من بعده عنها مدة طويلة، خاصة إذا كانت شابة تخشى على نفسها الزنا، وهذا الرأي متوافق مع المصلحة العامة للمجتمع وللمرأة، وهو ما قررته قواعد الشريعة المؤكدة على إزالة الضرر، ورفع الحرج، كما أن هذا الرأي موافق للمدة التي حددها الفقهاء، والتي تعطي للزوجة حق الخيار في فسخ عقد الزواج حال فقده أو غيبته عنها، وهي أربع سنوات، فهذه المدة أكثر احتياطاً، ورعاية للزوجين، ومع تطور العلم ووسائل الاتصال الحديثة فقد جاءت هذه المدة مراعية لحق الزوج من جهة أخرى؛ في المحافظة على أسرته وأمواله، كما أنها جاءت مراعية لحق الزوجة، ومحافظة على عفتها وشرفها من الوقوع في الزنا و المهالك، والمحافظة على العفة والشرف، فإذا انتهت المدة المضروبة لفقد الزوج بعد البحث والتحري من قبل القاضي لزوجة حق الخيار في طلب فسخ عقد زوجها بينها وبين زوجها.

المطلب الثالث: حق الخيار للزوجة في الصبر على فقد الزوج

زوجة المفقود مخيرة بين أن تقيم على ما هي عليه، وبين أن تختار الفرقة[٢]. وإن اختارت امرأة المفقود الصبر حتى يثبت أمره فلها النفقة والمسكن، سواء ضرب لها القاضي مدة تتربص فيها أم لم يضربها؛ لأننا لم نحكم ببينونتها بضرب المدة، فهي باقية على (حكم الزوجة)وإن حكم لها القاضي بالفرقة انقطعت نفقتها؛ لمفارقتها إياه حكما. [٣]

طريق وقوع الفرقة بخيار فقد الزوج.

إذا اختارت امرأة المفقود التفريق بينها وبين زوجها المفقود هل تحتاج هذه الفرقة إلى قضاء القاضي لضرب مدة أم لا؟ اختلاف القائلون بان للزوجة المفقود حق الخيار في طلب التفريق على قولين:

---

(1) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص ٥٥١، الرافعي القزويني، **العزيز شرح الوجيز**، ج٩، ص ٤٨٥
(2) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٥٠، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٤، ص١٤٩.
(3) ابن قدامة، **الكافي**، ج٥، ص ٢٥، ابن جلاب البصري، **التفريع**، ج٢، ص١٠٨

القول الأول: لا بد من رفع امرأة المفقود أمرها إلى القاضي حال اختيارهـــا الفرقـــة عـــن زوجها المفقود؛ لكي تطلب التفريق بينها وبينه، وعلى ذلك فإنها تحتاج إلى قضاء القاضـــي؛ لكـــي يضرب لها أجلا بعد البحث والتحري عنه فيكون ابتداء المدة بعد حكم القاضي بها. وهـــذا مـــذهب المالكية [١] وأحد الوجهين على القول القديم وهو الأصح عند الشافعية[٢] ورواية عند الحنابلة[٣].

دليل هذا القول:

أولا: أن القاضي يسأل عن خبره، ويبحث إزالة الضرر عن المرأة؛ لأنه لا يجـــوز أن يبتدئ بضرب الأجل لها قبل السؤال والبحث؛ لجواز أن يكون حيا، فيعلم ذلك بالبحـــث عـــن خبره، والسؤال عن أمره، وليس للقاضي أن يفرق ابتداء بين رجل وامرأته[٤].

ثانيا: لأنها مدة مجتهد فيها، فاقتصر الأمر فيها على قضاء القاضـــي، كمـــدة الـــزوج العنين.[٥]

القول الثاني: إن زوجة المفقود لا تحتاج إلى قضاء قاضي في ضرب المدة وأن المدة تبدأ من حين فقد الزوج وهذا أحد الوجهين على القول القديم عند الشافعية[٦] وراية عند الحنابلة[٧]

دليل هذا القول: لأنها مدة تعتبر لإباحة النكاح ،فلم تفتقر إلى الحاكم كمدة من ارتفـــع حيـــضها ولم تدر ما رفعه فيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره[٨]

مناقشة ذلك: أن القاضي يسأل عن خبره، ويبحث إزالة الضرر عن المرأة؛ لأنه لا يجوز أن يبتدئ بضرب الأجل لها قبل السؤال والبحث؛ لجواز أن يكون حيا، فيعلم ذلك بالبحـــث عـــن خبره، والسؤال عن أمره، وليس للقاضي أن يفرق ابتداء بين رجل وامرأته[٩].

---

(1) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٥٠، سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب الباجي، **المنتقي شـــرح موطـــأ مالك** تحقيق، محمد عبد القادر أحمد عطا، الطبعة الأولى، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ١٤٣٠هـــ ١٩٩٩م، ص٣٥٨، الدسوقي، **حاشية الدســـوقي**، ج٢، ص٤٧٩-٤٨٠، الخرشـــي، **شـــرح الخرشـــي**، ج٤ ص١٤٩.

(2) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص ٥٤٦، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ٣٩٧ العمراني، البيان، ج١١، ص٤٦، الماوردي، الحاوي، ج١١، ص٣١٨

(3) ابن قدامة، **المغني** ج١١، ص٢٥١، ابن قدامة، **الكافي**، ج٥، ص٢٢-٢٣

(4) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٥٠، الباجي، **المنتقي**، ج٥، ص٣٥٩.

(5) العمراني، **البيان**، ج١١، ص٤٦، الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٣١٨، ابن قدامة، **الكافي**، ج٥ ص٢٣، ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٢٥١.

(6) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص ٥٤٦، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ٣٩٧ العمراني، البيان، ج١١، ص٤٦، الماوردي، الحاوي، ج١١، ص٣١٨

(7) ابن قدامة، **المغني** ج١١، ص٢٥١، ابن قدامة، **الكافي**، ج٥، ص٢٢-٢٣، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٨، ص ٢٧٧٤

(8) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٨، ص ٢٧٧٤

(9) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٥٠، الباجي، **المنتقي**، ج٥، ص٣٥٩.

الرأي الراجح:

ان طلب التفريق لفقد الزوج من قبل الزوجة رخصه للزوجة ان شاءت أخذت بها وان شاءت تمسكت وصبرت على فقد الزوج ونحن لا نعرف نية الزوجة في البقاء على عصمة زوجها المفقود او طلب التفريق هذا لا يعرف ألا من قبل الزوجة وطريق معرفة ذلك هو رفع أمرها إلى القاضي وبناء على ذلك فان القاضي يسأل عن خبره، ويبحث إزالة الضرر عن المرأة؛ لأنه لا يجوز أن يبتدئ بضرب الأجل لها قبل السؤال والبحث؛ لجواز أن يكون حيا، فيعلم ذلك بالبحث عن خبره، والسؤال عن أمره، وليس للقاضي أن يفرق ابتداء بين رجل وامرأته.

نوع الفرقة لفقد الزوج:

لم يصرح القائلون بإعطاء حق الخيار للزوجة لطلب التفريق بينها وبين زوجها في نوع الفرقة هل هي فرقة طلاق او فسخ فهي فرقه موت تعتد بها المرأة عدة وفاة ولكن الشافعية في القول القديم قد صرحوا بأن هذه الفرقة فرقة فسخ(1).

المطلب الرابع: خيار الزوجة لفقد الزوج في قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ:

عرفت المادة(٢٤٦) من قانون الأحوال الشخصية المفقود بأنه (الشخص الذي لا تعرف حياته من مماته)

وقد أعطى قانون الأحوال الشخصية حق الخيار في طلب فسخ عقد الزواج من القاضي لفقد زوجها إذا تضررت الزوجة من بعده عنها، حتى لو ترك لها مالا تنفق منه على نفسها، ويكون ذلك بعد البحث والتحري عن الزوج، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٣)من القانون الأحوال الشخصية:(لزوجة المفقود الذي لا تعرف حياته من مماته الطلب من القاضي فسخ عقد زواجها؛ لتضررها من بعده عنها، ولو ترك لها مالا تنفق على نفسها منه، فإذا لم تعرف حياته من مماته، بعد البحث والتحري عنه، ففي حالة الأمن وعدم الكوارث يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده، فإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود وأصرت الزوجة على طلبها يفسخ عقد زواجها، أما إذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها: كفقده في معركة، أو إثر غارة جوية، أو زلزال، أو ما شابه، ذلك فللقاضي فسخ عقد زواجها بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده بعد البحث والتحري عنه)

كما نصت المواد (٢٤٩ و٢٥٠ و ٢٥١)من قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ على الحالات التي يحكم فيها بموت المفقود وهي حالتين: الأولى: إن كان فقده في جهة معلومة: يفرق بين أمرين:

---

(1) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص ٥٤٥

أ) في حالة الأمن وعدم الكوارث إذا غلب على الظن موته بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقده حكم القاضي بموته

ب) أما إذا فقد على اثر كارثة كزلزال او غاره جوية او في حالة اضطراب الأمـــن وحـــدوث الفوضى: حكم القاضي بموته بعد سنه من فقده

الحالة الثانيـــة: إذا فقد في جهة غير معلومة ولم يغلب على الظن هلاكه: فإن امر المدة التي يحكم فيها بموته مفوض إلى القاضي بشرط أن تكون تلك المدة كافية يغلب علـــى الظـــن وفاته فيها مع التحري عن ذلك بالوسائل التي يراها القاضي مناسبة

نوع الفرقة لفقد الزوج في القانون:ـــ

اعتبر القانون الفرقة لفقد الزوج فسخا وذلك عملا برأي الشافعيه ولكن على الزوجة ان تعتـــد عدة وفاة وعملا بمنطوق الفقرة(أ)من المادة (٢٥٢)من قانون الأحوال الشخصية .

يسقط حق خيار طلب فسخ عقد الزواج لفقد الزوج:

إذا لم يتم الوصول إلى بينة قطعية من جهة البحث والتحري عن الزوج[1].

حق الخيار لزوجة المفقود بوقف الدعوى أو تأخيرها بعد إقامتها

كما أن المشرع القانوني أعطى الخيار لزوجه المفقود في رفع دعواها بطلب فسخ العقـــد أو البقاء على زواجها فقد ابقى حقها في المحافظة على زواجها حتى بعد رفع دعواها طلب الفسخ حيث نص في المادة(١٤٤) من قانون الأحوال الشخصية على أنه(للزوجة في الأحوال التي تعطيها حق الخيار إن تؤخر الدعوى أو تتركها مدة بعد إقامتها) ويرى الباحث وحفاظا على مصلحه المرأة التي فقد زوجها و تأكيدا على حقها في الخيار أن المدة التي ضربها المشرع القانوني للتفريق في حالـــة فقد الزوج زمن الأمن وعدم الكوارث هي مدة طويلة جدا و إذا كان المشرع قد أراد الأخذ باجتهاد سيدنا عمر رضي الله عنه في المسالة فإنه كان من الواجب عليه أن ينظر إلى مسالة تغير الـــزمن والبيئة إذ الملاحظ حصول تغير في المعطيات والظروف من جهة تقدم وسائل الاتصال بما يـــودي إلى إمكانية الوصول إلى غلبة الظن بوفاة المفقود في مدة زمنيه اقل و القاعدة انه (**لا ينكـــر تغيـــر الأحكام بتغير الأزمان**) لذا فأنني أرى إن تعطي المرأة حق الخيار في طلب فسخ عقد زواجها لفقد زوجها وفي جميع الأحوال في مدة لا تتجاوز السنة.

---

(1) عبد الفتاح عايش عمرو، **القرارات القضائية في الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، دار إيمان، عمـــان الأردن، ١٤١١هـــ ١٩٩٠ م، ص٦٨ القرار رقم ٥٧٦٩.

التطبيق العملي لحق خيار الزوجة لطلب الفسخ لفقد الزوج

لدى محكمة.................. الشرعية / القضايا

المدعية:.................. وكيلها المحامي:...........

المدعى عليه: القيم:............... وعنوانه للتبليغ:.............

الموضوع: طلب التفريق بسبب الفقد ولرفع الضرر.

الوقائع:

١- المدعى عليه هو القيم على أموال زوجي المفقود (....) بموجب حجة قيم صادرة عن محكمتكم الموقرة تحمل الرقم (....) تاريخ(...) وهو الخصم في هذه الدعوى بصفته القيم على أموال زوجي[١].

٢- لقد فقد زوجي الداخل بي بصحيح العقد الشرعي منذ أكثر من سنة، في بلدة (....) بسبب الفيضانات التي اجتاحتها وكان من بين الأشخاص المفقودين، بتاريخ (...) وقد قامت السلطات المختصة بالبحث والتحري عن المفقود المذكور ولم يتم العثور عليه، ولم تعلم حياته من موته، وإنه يغلب على الظن موته بسبب الفيضانات.

٣- بعد أن مضى على فقده أكثر من سنة ولعدم ظهوره، وبسبب هذه الغيبة التي يغلب على الظن موته فيها، فإنني تضررت من غيابه وبعده عني هذه المدة الطويلة، ولحقني أشد الضرر خاصة وأنه لا يعلم حاله حيث أنني شابة في مقتبل العمر يلحقني أشد الضرر من هذه الغيبة والبعد وعدم معرفة حاله.

الطلب:

اطلب تبليغ المدعى عليه لائحة الدعوى، وتعيين موعدا لرؤية هذه الدعوى، وغب الثبوت الحكم بالتفريق بيني وبين زوجي الداخل بي بصحيح العقد الشرعي بفسخ عقد الزواج للفقد والضرر، مع تضمينه الرسوم والمصاريف القانونية.

واقبلوا فائق الاحترام

(1) الخصم في هذه الدعوى إما وكيل المفقود الذي وكله قبل فقده و إما القيم وترفع هذه الدعوى بمواجهة احد المذكورين وان لم يكن للمفقود وكيلا ولم تعين المحكمة قيما على اموال المفقود فان للزوجة الحق في طلب المحكمة تعين قيم من اجل إقامة الدعوى بمواجهته ولكي تصح الخصومة ولو انها أقامت الدعوى على احد الورثة لما صحت الخصومة بينهما

إجراءات الدعوى:

بعد تقديم اللائحة واستيفاء الرسوم القانونية، وتسجيلها حسب الأصول، وتبليغ المدعى عليه، وحضور الجلسة تسأل المحكمة المدعى عليه عن الدعوى بعد تلاوتها علنا.

ولنفرض أن المدعى عليه في هذه الدعوى أنكر الدعوى جملة وتفصيلا، فان المحكمة تكلف المدعية إثبات الدعوى بالوجه الشرعي.

تسمى البينة، الشخصية شهادة الشهود، ويجب أن تكون وفق عناصر الدعوى حتى تعدّ أما البينة الخطية الرسمية في هذه الدعوى، فهي عبارة عن قسيمة عقد الزواج وحجة القيم المصدقتين حسب الأصول، والكتب الرسمية المتعلقة بالبحث والتحري عن المفقود. وبعد استكمال البينة وختمها من قبل المدعية تقوم المحكمة بتدقيقها بناء على طلب المدعية وبعد أن تقرر المحكمة مطابقتها للدعوى تسأل المحكمة المدعى عليه عن قرار المطابقة فاذا كان لدى المدعى عليه أي طعن ضد الشهود، أثار ذلك رسميا، بالإضافة لما له من حق مناقشة الشهود عند الإدلاء بشهاداتهم أمام المحكمة فإذا لم يطعن القيم بالشهود وشهاداتهم، وبعد تدقيق البينة الشخصية والخطية الرسمية من قبل المحكمة، تقرر قبول البينة الشخصية، لاتفاقهما مع بعضهما البعض، ومع دعوى المدعية، وتقرر القانعة بالبينة وبعد ورود الكتب الرسمية التي خاطبت المحكمة من خلالها الجهات المختصة بخصوص المفقود إن تبين أنه لا يعلم عنه شيء تسال المحكمة الطرفين عن أقوالهما الأخيرة وبعد تكرار أقوالهما الأخيرة وختمها تصدر قرارها حسب بالأصول.

ويكون مضمون القرار على الوجه التالي:

القرار

بناء على الدعوى والطلب، والبينتين الشخصية المستمعة المقنعة، والخطية الرسمية المبرزة المقنعة، والبحث والتحري عن المفقود بالطرق الرسمية المعتبرة، وعملا بالمواد ٥٦و٦٧و٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية و١٤٣ من قانون الأحوال الشخصية، فقد حكمت بالتفريق بين المدعية (....) المذكورة وزوجها الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعو (....) بفسخ عقد الزواج للفقد، ولتضررها من فقده منذ أكثر من سنة بسبب فقده في الفيضانات التي وقعت في بلدة (....) بتاريخ (....) وأن على المدعية العدة الشرعية اعتبارا من تاريخه أدناه، حكما وجاهيا بحق القيم قابلا للاستئناف وموقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية الموقرة أفهم للمدعية والقيم الحاضرين علنا تحريرا في / /..........هـ موافق / /..............م.

الإجراءات بعد صدور الحكم

بعد صدور الحكم على الوجه المذكور أعلاه، فان للمدعى عليه القيم الحق في الطعن بالحكم. وذلك باستئناف القرار الصادر عن المحكمة، وله الحق في ذكر جميع الأسباب التي ترد على هذا الحكم. فإذا لم يستأنف فان المحكمة بعد مرور شهر على صدور الحكم، تقوم برفع كافة أوراق الدعوى إلى محكمة الاستئناف الشرعية، لتدقيق الدعوى عملا بنص المادة (١٣٨) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

وبعد تصديق الحكم وانقضاء عدة الزوجة وهذه العدة ليس عدة وفاة إنما عدة طلاق، فان للزوجة الحق الزوج بعد ذلك بمن شاءت من المسلمين ممن لا يوجد بينهما أي مانع شرعي أو قانوني يمنع من الزواج.

الطعن في الحكم[1]

لقد ذكرت بأن للقيم الحق في الطعن بالحكم أمام محكمة الاستئناف الشرعية. وأن له الحق بإيراد الأسباب التي يراها، والتي وقعت في الدعوى من المدعية أو من المحكمة.

وطريق الطعن بالاستئناف هو طريق عادي فاذا ما حضر الزوج، وكانت الدعوى لا تزال قيد النظر، فله الحق في أن يطلب إدخاله شخصا ثالثا في الدعوى؛ لأنه يتأثر بنتيجة الحكم وذلك وفق نص المادة (٩١) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ونصها: ((يجوز لمن له علاقة في الدعوى المقامة بين طرفين ويتأثر بنتيجة الحكم فيها، أن يطلب إدخاله شخصا ثالثا في الدعوى وبعد أن تتحقق المحكمة من علاقته تقرر قبوله. كما يجوز للمحكمة إدخال أي شخص آخر ترى أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة))

فإذا ادخل الزوج شخصا ثالثا في الدعوى، فله الحق في طلب رد الدعوى لكونه أصبح غير مفقود، وأنه يرغب في العيش مع زوجته، وأن غيابه بسبب ظرف قاهر وفي هذه الحالة يكون حضور الزوج موقفا لحق الزوجة في اختيار طرق التفريق بينها وبينه لفقده لانعدام السبب الذي أسست عليه دعواها وترتب على ذلك ان ترد المحكمة الدعوى وهذا بخلاف

---

(1) (الطعن) كما عرفه الدكتور احمد أعمر بأنه: **((ادعاء معتبر يثيره صاحب الصفة والمصلحة في اثارتـــه فـــي الوقت مخصوص ووفق الإجراءات محددة من خلال دعوى موجه إلى إقرار أو قرار حكم الصادر أو إلى البينات المستند إليها للحكم في الدعوى أو إلى أشخاص بعينهم كان لهم دور حاسم أما في إدارة الدعوى والحكم فيها او في أمور الخبرة والتحكيم والشهادة بقصد تجريح ذلك كله والقدح فيه بما يترتب الآثار القانونية عليه حال ثبوته))** **انظر:** أعمر، **الدفوع التأجيلية وتطبيقاتها**"، رسالة دكتوراه غير منشوره، الجامعة الأردنية،، **ص٣٢، وانظر:** عيال سلمان خليل جبريل حسن، **الطعن في الإقرار أثناء سيرى الدعوى وتطبيقاته في قانون أصول المحاكمات الشرعية، رسالة دكتوراه مجازة الجامعة الأردنية ٢٠١٠، ص ٢٩**-٣٠.

دعوى التفريق للغيبة والضرر، لأن حضور الزوج في دعوى التفريق للغيبة والضرر لا يهدم الدعوى هذا ما جاء في القرارين الاستئنافيين رقم (٨٧٧٥) وقم (٨١٤٥) ويبقى حق الزوجة في اختيار طلب التفريق للغيبة والضرر قائما حتى مع حضور الزوج لان مجرد الغياب عن الزوجة هو اضرار بها وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية في المادة (١١٩) منه.

أما ذا حضر الزوج بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية، فله حق اعتراض الغيـر فـي جميع الأحوال بعد مرور سنة على صيرورة الحكم قطعيا. وهذا الحق أعطي للشخص الذي لم يكن طرفا في الدعوى، وكان الحكم ماسا بحقوقه عملا بنص المـادتين (١١٥) و(١١٧) مـن قانون أصول المحاكمات الشرعية.

المبحث الرابع

حق الخيار للزوجة لغيبة الزوج

المطلب الأول: تعريف الغائب لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف الغائب لغة:

غابَ عني الأمرُ غيباً وغياباً وغيبةً وغيبوبةً وغيوباً ومغيباً، اختفى فيهِ واستترَ فهو غائبٌ، يقالُ: أغابتْ المرأةُ: غابَ بعلُها أو احدٌ من أهلِها فهي مغيبٌ ومغيبةٌ، وتغيَّبُ الرجلِ سافرَ أو بانَ[(١)].

الفرع الثاني: تعريف الغائب اصطلاحا:

يستعمل الفقهاء كلمة الغيبة ويريدون بها المعنى اللغويّ، ويرتبون عليها الأحكام الفقهية، ومنها:

- إمكان طلب التفريق إذا غاب الزوج عن زوجته[(٢)]
- وهو أن يغيب الزوج عن زوجته والإقامة في بلد آخر سنة فأكثر بصوره مستمرة [(٣)]
- أو من غادر مكان إقامته الاعتياديّ أو بلده، ولم يعرف له مقام فيه مدة من الزمن [(٤)]
- **تعريف الغائب في القانون:** هو الشخص الذي لا يعرف موطنه أو محل إقامته وحالت ظروف دون إدارته شؤونه المالية بنفسه أو بوكيل عنه مدة سنة فأكثر وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره[(٥)].

وقد ورد في القرار الاستئنافيّ رقم ٧٥٥٩ ان ((المقصود بالغيبة في التفريق للغيبة والضرر هي غيبة الزوج عن زوجته، والإقامة في بلد أخر)) انظر القرار الاستئنافي رقم٧٥٢٧ورقم٧٧١٠ وفيه ((المقصود بغيبه الزوج هو غيبته عن بيت الزوجة لاغتياب زوجته))وفي القرار رقم ٨٦٠١ ((الغيبة الموجبة للتفريق هي الغيبة المستمرة))[(٦)].

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب** مادة (غيب)، ج١، ص٦٥٤، احمد رضا، **معجم متن اللغة** مادة (غيب)، ج٤، ص٣٣٤-٣٣٥، ناصر الدين المطرزي، **المغرب في ترتيب المعرب** تحقيق محمود فاخوري و عبد الحميد مختار ، الطبعة الأولى ج٢ الناشر مكتبة أسامة بن زيد سوريا حلب، ١٣٩٩، هـ ١٩٧٩م، باب الغين مع الياء مادة (غيب)، ص١١٩.الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، فصل الغين مادة (غيب)ص ١٢١

(2) عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، ج٨ مؤسسة الرسالة بيروت، ١٤١٣هـ ١٩٩٣م ص ٤٦٠

(3) احمد محمد علي داود **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، ج١، دار الثقافة، عمان الأردن، ١٤٣٣ هـ ٢٠١١م، ص ٢٢٧

(4) إبراهيم راشد محمد الشديفات، **أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقوانين الأردنية**، الطبعة الأولى ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م، ص١٦

(5) المادة((٢٤٥)) من قانون الأحوال الشخصية الأردني

(6) انظر في هذه التعريفات الواردة في القرارات الاستئنافية: القاضي د.احمد عبد الهادي أعمر، **الدفوع التأجيلية وتطبيقاتها**"، رسالة دكتوراه غير منشوره، الجامعة الأردنية، ص٤١٠، حاشية رقم(٤).

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في الخيار الزوجة في فسخ عقد الزواج لغيبة الزوج

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: للزوجة حق الخيار لفسخ عقد الزواج بسبب غيبة الزوج، سواء كانت الغيبة لعذر أو لغير عذر، وهذا رأي المالكية[1]، وقول عند الحنابلة ،إذا كانت الغيبة لغير عذر [2]

أدلة أصحاب القول الأول:

أولا: من الكتاب

قوله تعالى **(الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)**[3].

قوله تعالى **(فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ)**[4].

قوله تعالى (وَإِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)[5].

وجه الدلالة:

تدل هذه الآيات على أن غياب الزوج عن زوجته يؤدي إلى الإضرار بها، وبالتالي فإن إمساكها في هذه الحالة لا يدخل في معنى الإمساك بالمعروف، لما ينتج عن هذا الإمساك من إلحاق الضرر بالزوجة، ولا يمكن رفع هذا الضرر- إذا لم ترض به الزوجة- إلا بإعطائها حق الخيار برفع أمرها إلى القاضي، وطلب فسخ عقدها من زوجها الغائب عنها.

---

(1) أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، **الكافي**، الطبعة الثانية، ج٢، دار الكتب العلمية:بيروت لبنان، ١٤١٣هـ ١٩٩٢م، ص٢٦١، ابن الجلاب البصري، **التفريع**، ج٢، ص٩٣، أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، **البهجة شرح التحفة**، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، الطبعة الأولى ج١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م، ص٥٢١، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٣١ الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٤، ص٩٤.

(2) ابن قدامه، **المغني** ج١٠، ص٢٤١، علاء الدين ابو الحسين علي بن سليمان المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، قدم له، رائد بن حجر صبري ابن أبي علفة، ج٢، بيت الأفكار الدولية،، ص١٤٥٧، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم أبي النجا الحجاوي المقدسي، **الإقناع لطالب الانتفاع**، تحقيق:عبد الله بن عبد المحسن التركي، بتعاون مراكز البحث والدراسات العربية والإسلامية، بدار هجر، الطبعة الثالثة ج٣، إدارة الملك عبد العزيز، الرياض، ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م، ص٤٢٤، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٥٥٠، مجد الدين ابن تيمية، **المحرر**، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي شارك في التحقيق محمد معتز كريم الدين، الطبعة الأولى، ج٢ مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧، ص١٩٤

(3) **البقرة آية ٢٢٩**، محمد بن إسماعيل بن صلاح المعروف بالأمير الصنعاني، **مجموع الرسائل الفقهية**، تحقيق خالد بن محمد بن عثمان المصري، الطبعة الأولى، الفاروق الحديثة، القاهرة، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م ص ١٩٧

(4) **الطلاق آية ٢.** الصنعاني، **مجموع الرسائل الفقهية**، ص ١٩٧.

(5) **البقرة آية ٢٣١.** الصنعاني، **مجموع رسائل الفقهية**، ص ١٩٧.

ثانيا: من السنة: قولهﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[1].

وجه الدلالة:

أن مجرد غياب الزوج عن زوجته يلحق الضرر بها يقينا بسبب هذا البعد، وعدم مقدرتها على الصبر على الضرر المترتب على هذا البعد، لذا فإن هذا الضرر يزال بإعطائها حق الخيار لطلب فسخ عقد زوجها[2].

ثالثا:من آثار الصحابة:

- **فعل عمر رضي الله عنه:**

عن معمر قال: بلغني أن عمر بن الخطاب سمع امرأة وهي تقول:

تطاول هذا الليل وأسود جانبه   وأرقني إذ لا حبيب ألاعبه

فلولا الذي فوق السماوات عرشه   لزعزع من هذا السرير جوانبه

فأصبح عمر فأرسل إليها فقال: أنت القائلة كذا وكذا؟ قالت: نعم، قال: ولم؟ قالت: أجهزت زوجي في هذه البعوث.قال: فسأل عمر حفصة: كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: ستة أشهر، فكان بعد ذلك يقفل بعوثه لستة أشهر[3].

وجه الدلالة:

بين أن المدة التي يكون فيها لزوجة الغائب حق خيار الفسخ إذا تضررت من غيابه ما زاد على ستة أشهر. أي أنه يحق لها أن ترفع أمرها إلى القاضي للمطالبة بعودة زوجها، فإن لم يفعل فإن خيارها في طلب فسخ العقد يبقى قائما، وذلك عن طريق الحاكم، وهذا الحق يختلف من امرأة إلى امرأة، فإذا تبين للزوجة الضرر كان لها حق الخيار للفسخ بعد المدة المضروبة لها لطلب الفسخ[4].

---

(1) سبق تخريج الحديث انظر ص ٥١.

(2) الصنعاني، **سبل السلام**، ج٣، ص ١٥١٧.

(3) عبد الرزاق، **المصنف**، ج٧، ص١٥٢، رقم ١٢٥٩٤، البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٩، ص٥١، رقم ١٧٨٥٠، ابن الملقن، **البدر المنير**، ج٨، ص١٣٩-١٤١، أبو الفضل شهاب الدين احمد بن علي ابن محمد بن حجر العسقلاني الشافعي، **تلخيص الجير**:علق عليه واعتنى به أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، الطبعة الأولى، مؤسسة قرطبة، ١٤١٦هـ ١٩٩٥م، ج٣ ص٤٤١-٤٤٢،، إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي.**تفسير القرآن العظيم**:تحقيق سامي بن محمد السلامة، الطبعة الثانية، ج١، دار طيبة، السعودية الرياض، ١٤٢٠، هـ ١٩٩٩م (ورد في تفسير ابن كثير وقد روى هذا من طرق وهو من المشهورات)، ص٦٠٥

(4) الخرشي، **شرح الخرشي**، ج ٤، ص ٩٤

القول الثاني- عدم جواز فسخ العقد لغياب الزوج مهما طالت المدة وهــذا رأي الحنفيــة[١] والشافعية[٢] وقول عند الحنابلة.[٣]

أدلة أصحاب هذا القول:

أولا: القائلون بهذا القول هم القائلون بعدم الفسخ لزوجة المفقود فيستدلون لهــذا القــول بمــا استدلوا به على عدم إعطاء زوجة المفقود خيار فسخ عقد الزواج. [٤]

ثانيا:من السنة:

أ) عن ابن عباس قال: أتى للنبيﷺ رجل، فقال يا رسول الله، إن سيدي زوجني أمته، وهــو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال فصعد رسول اللهﷺ المنبر فقال: يا أيها النــاس، مــا بــال أحدكم يزوج عبده أمته، ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق[٥].

وجه الدلالة: فقد أخذ بالأصل أن الطلاق لا يقع إلا من الزوج[٦]، وعلى ذلك فلا يحق لزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي للمطالبة بفسخ عقد زواجها لغيبة الزوج عنها، ولا يثبت لها الخيار في الفسخ للغيبة، ولا يملك القاضي إيقاع الفرقة بينها وبين زوجها حتى يتبين ذلك بموت، أو طلاق.

مناقشة ذلك:

أن من المصالح أن يراعى الضرر الواقع على النساء بأن يوقع السلطان طلاقهــا مــن زوجها الغائب لإزالة الضرر الداخل على الزوجة، وهــو منــوط بالحــاكم بــالنظر إلــى المصلحة العامة.[٧] وعلى ذلك، إذا تضررت الزوجة كان لها الطلب من القاضي فــسخ عقــد الزواج؛ لتضررها من غيبة الزوج، وعلى ذلك، يثبت لها حق خيار بطلب فسخ عقد زواجهــا لتضررها من غيبة زوجها عنها.وايضا يقال بأن الحديث ليس في موضع النزاع إذ موضوعه انه لا يحق لشخص غير الحاكم أن يفسخ عقد الزواج و أما الحاكم فقد فسخ الرسول صلى الله

---

(1) محمد بن الحسن الشيباني، **الحجة على أهل المدنية**، ج٤، ص٦١-٦٧.

(2) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١١، ص٣١٦، النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٣٧٧، العمراني، **البيان** ج١١، ص٤٣.

(3) المرداوي، **الإنصاف**، ج٢، ص١٤٥٧، ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص٢٤٠، أبي النجا الحجاوي، **الاقناع**، ج٣، ص٤٢٤.

(4) انظر ص ٤٨-٥٠ من هذه الرسالة

(5) **ابن ماجه، سنن ابن ماجه**، ج٢، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، ص ٦٧٢، رقم ٢٠٨١، الدار قطني، **سنن الدار قطني**، ج٥، ص٦٧، رقم ٣٩٩١-٣٩٩٢، قال ابن حجر في **تلخيص الحبير**، إسناده ضعيف، ج٣، ص٤٤١ رقم ١٧٦٢، البيهقي، **السنن الكبرى** كتاب الخلع والطلاق، باب طلاق العبد بغير إذن سيده،، ج٧ ص، ٥٩١ رقم ١٥١١٦-١٥١١٧، قال البيهقي(روى من وجه آخر مرفوعا وفيه ضعف)، الألباني، **أرواء الغليل** ج٧، ص١٠٨-١١٠ رقم ٢٠٤١ قال الألباني وقد رجح عندي أن الحديث بهذه المتابعة حسن، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥ ص٢٧٩، قال: حديث ابن عباس رضي الله عنه وأن كان إسناده فيه ما فيه فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس.

(6) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص١٠٢.

(7) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص١٠٢.

عليه وسلم وخير بعض النساء في الفسخ مما يخرجه من هذا العموم ثم إن الفسخ هو مقــضى المصلحة التي جاءت بها الشريعة والآيات الواردة في الموضوع.

ثالثا: من المعقول

أ) لو غابت الزوجة حتى خفي خبرها لم يجز أن يحكم بموتها في إباحة أختهــا لزوجهــا ونكاح أربع سواها، كذلك غيبة الزوج، ولأنه لما جرى عليه في غيبته حكم طلاقــه، وظهاره جرى عليها حكم الزوجية في تحريمها على غيره.[١]

مناقشة ذلك:

إن الزوج لا يلحقه ضرر بغياب الزوجة، لأن الشارع أعطاه الحق فــي الــزواج مــن زوجة أخرى، وعلى ذلك لا يلحقه ضرر بغيابها عنه، أما الزوجة فلا يمكن رفع هذا الــضرر إلا بإعطائها حق الخيار بفسخ هذا العقد.

الرأي الراجح:

ويرى الباحث ترجيح قول القائلين: بإعطاء حق الخيار للزوجــة، بــأن ترفــع أمرهــا للقاضي، وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا تضررت من غيابه عنها، سواء أكان الــزوج معلوم مكان الإقامة، أو مجهول مكان الإقامة، أيا كان هذا الغياب – بسبب كان او بدون سبب – لأن مجرد غياب الزوج عن الزوجة يتحقق فيه الضرر للزوجة، فليس أقل مــن أن تعطــى حق الخيار في طلب فسخ عقد زواجها من زوجها لغيبته عنها، وتضررها من ذلك، مع إعطاء الزوج حق تصحيح خطئه، بأن يحضر للإقامة معها، أو نقلها إليه، أو مفارقتها بطلاقها، وهذا الحق جاء موافقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية بمنع الضرر الواقع على الزوجة، و المحافظــة على حقوق الزوجة في الوطء وعدم وقوعها في الرذيلــة، والمحافظــة علــى الأســرة مــن الانحراف، ولم يكن إعطاء حق الخيار للزوجة بفسخ عقد الزواج تعسفاً، أو ظلماً يقــع علــى الزوج؛ لأن الزوج يكون برفضه الرجوع، أو نقل زوجته إليه، معتــديا وقاصــدا الإضــرار بالزوجة، ومخالفا لحكم الشارع في قوله تعالى (وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِــرَاراً لِتَعْتَــدُوا)[٢]، ولــذلك جاءت الشريعة الإسلامية برفع الظلم والضرر، عن الزوجة بإعطاء القاضي وبما لــه مــن ولاية عامة، الحق بإزالة، هذا الضرر، ورفع الظلم عن الزوجة التي تستخدم حقهــا باختيــار طلب الفسخ؛ لغيبة الزوج عنها، رفعا لضرر واقع فعلا، لا متوقع ومحتمل.

---

(1) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٣١٧.
(2) سوره البقرة آية رقم ٢٣١.

المطلب الثالث: شروط أعطاء الزوجة حق الخيار بفسخ عقد زواجها لغيبه زوجها

يشترط القائلون بإعطاء حق الخيار للزوجة شروطا لا بـد أن تتحقـق؛ لـيحكم بفـسخ الزواج، وقد اتفقوا على بعض هذا الشروط، واختلفوا على بعضها الأخر، كما يلي:

أ) المدة التي تعطي للزوجة حق الخيار بعدها لفسخ عقد الزواج للغيبة: اختلفوا فيها على قولين:

القول الأول: وهو قول المالكية:أن مدة الغياب التي يثبت حق الخيار للزوجة بعدها هـي سنة، هذا هو المعتمد عند المالكية، وقال الغريانيّ، وابن عرفة: سنتان، أو ثلاث سـنين لـيس بطوال، بل لا بد من الزيادة عليها.[١]

دليل هذا القول: لم أقف على لهم على دليل والذي يبدو أن قولهم هذا بني علـى الاجتهـاد والنظر[٢].

القول الثاني: وهو قول الحنابلة بأن مدة الغياب عن الزوجة والتي تتضرر بها محـدده بستة أشهر.[٣]

دليل هذا القـول: استدلوا فعل عمر رضي الله عنه: عن معمر قال: بلغني أن عمـر بـن الخطاب سمع امرأة وهي تقول:

تطاول هذا الليل وأسود جانبه   وأرقني إذ لا حبيب ألاعبه

فلولا الذي فوق السماوات عرشه   لزعزع من هذا السرير جوانبه

فأصبح عمر فأرسل إليها فقال: أنت القائلة كذا وكذا؟ قالت: نعم، قـال: ولـم؟ قالـت: أجهزت زوجي في هذه البعوث.قال: فسأل عمر حفصة: كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: ستة أشهر، فكان بعد ذلك يقفل بعوثه لستة أشهر[٤].

ب) أن تطلب الزوجة من القاضي فسخ عقد الزواج بسبب غيبة الزوج، ولها أن لا تطلب وترضى بالإقامة مع زوجها؛ وليثبت لها حق الخيار بطلب الفسخ لا بد أن ترفع أمرها إلى القاضي[٥].

---

(1) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٣١، التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ج١، ص٥٢١.
(2) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص ٥٣
(3) ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص٢٤٠، علاء الدين المرداوي الحنبلي، **التنقيح المشبع**، تحقيق: ناصر بن سعود بن عبد الله السلامة، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م مكتبة الرشيد الرياض، ص٣٧٤، أبو النجـا الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٤٢٤، جمال الدين يوسف بن الحسن بن عبد الهادي، **مغني ذوي الإفهام**، اعتنى به ابو اشرف بن عبد المقصود، الطبعة الأولى، مكتبة دار طبرية، الرياض، ١٤١٦هـ ١٩٩٥م، ص٣٧٥.
(4) سبق تخريجه صفحة رقم ٦٣.
(5) ابن عبد البر، **الكافي**، ج٢، ص٢٦١.الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٣١ ابن تيميـة، **المحـرر**، ج٢، ص١٩٣، أبي النجا الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٤٢٤، المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٧٤، ضـويان،

ج) أن تتضرر من هذا الغياب، وقد قيد المالكية الضرر (بأن تخشى على نفسها الزنا)، ويعلم ذلك منها، وتصدق في دعواها، حيث طالت هذه الغيبة، وأما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها،[١]. أما الحنابلة فقد أطلقوا الضرر دون تقييد. [٢]

د) أن تكون الغيبة لغير عذر، فإذا كانت الغيبة لعذر، مثل الحج، والدراسة، أو طلب الرزق فلا يثبت لها حق خيار فسخ الزواج، وهذا عند الحنابلة.[٣] أما المالكية فإن لها حق الخيار لغيبة الزوج، سواء كانت الغيبة لعذر أم لغير لعذر.

ه) أن يكتب إليه القاضي بالقدوم إلى زوجته أو نقلها إليه، أو أن يطلقها، فإن لم يفعل شيئا من ذلك فرق بينهما، ولكن ان أبدى عذرا مقبولا فإنه لا يفرق بينهما عند الحنابلة، أما المالكية فإنه يفرق بينهما سواء أبدى عذرا أم لم يبد عذرا[٤].

المطلب الرابع: نوع الفرقة لغيبة الزوج

اختلف القائلون بحق الخيار للزوجة بفسخ عقد الزواج للغيبه في نوع الفرقة التي يوقعها القاضي هل هي فرقة فسخ، أم فرقة طلاق، على قولين:

القول الأول: أنها طلاق، وهو مذهب المالكية: [٥] ولكن لم يبين فقهاء المالكية نوع الطلاق: هل هو طلاق رجعيّ أم طلاق بائن؟ ولكن الدسوقي بين نوع الفرقة لغيبة الزوج، استنباطا من أحكام الإيلاء، و أنها طلاق رجعيّ.[٦] وقال بعضهم:أنه طلاق بائن؛ لأن كل فرقة يوقعها القاضي غير التطليق للإيلاء أو الإعسار بالنفقة تكون بائنا عندهم، إذ المراد بها

منار السبيل، ج٢، ص٢٢١، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، **الفروع**، ضبطه رائد بن صبري بن أبي علفه، بيت الأفكار الدولية، بيروت لبنان، ٢٠٠٥، ص١٣٢٣، الشيبانيّ، **نيل المأرب**، ج٢، ص٢١٩.

(1) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٦٠٢، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٣١، التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ج١، ص٥٢١.

(2) ابن مفلح المقدسي، **الفروع**، ص١٣٢٣.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٢٤٠، ابن عبد الهادي، **مغني ذي الإفهام**، ٣٧٥-٣٧٦، البهوتي، **كشاف الإقناع**، ج٧، ص٢٥٥٠، ابن مفلح المقدسي، **الفروع**، ص ١٣٢٣، بن ضويان، **منار السبيل**، ج٢ ص٢٢١، أبي النجا الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٤٢٤.

(4) ابن عبد البر، **الكافي**، ج٢، ص٢٦١، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٤، ص٩٤.الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٣١، الخطاب الرعني، **مواهب الجليل**، ج٥، ص٤١٦، التسولي **البهجة في شرح التحفة**، ج١، ص٥٢١، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٢٤١، البهوتي، **كشاف الإقناع**، ج٧ ص٢٥٥٠، ابن النجا الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٤٢٤، ابن مفلح المقدسي، **الفروع**، **ص** ١٣٢٣.

(5) ابن عبد البر، **الكافي** ج٢،، ص٢٦١، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٣١، الحطاب الرعيني، **مواهب الجليل**، ج٥، ص٤١٦، ألتسولي، **البهجة شرح التحفة**، ج١، ص٥٢١.

(6) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٤٣١.

رفع الضرر عن المرأة، وهو لا يرتفع إلا بائنا. [1] وقاعدة المذهب: أن كـل طـلاق يوقعـه الحاكم فهو بائن، إلا طلاق المولى، والمعسر بالنفقة. [2]

القول الثاني: يرى الحنابلة أن الفرقة لغيبة الزوج فسخ. [3]

وقد عدوا الفرقة فسخا؛ لأنها لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه. [4] واستدلوا بفعـل عمر بن عبد العزيز عندما غابوا بخراسان، وتركوا نـساءهم. إمـا أن يقـدموا، أو يرحلـوا نساءهم، أو يطلقوا[5]

حق الزوجة في طلب الفسخ لغياب الزوج في قانون الأحوال الشخصية الأردني[6]

أعطى قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ للزوجة خيار طلب الفـسخ لعقـد الـزواج لغياب زوجها، ولم يشترط القانون أن يكون الغياب لعذر أو لغير عذر، وإنما أعطى هذا الحق لها إذا تضررت من غياب الزوج، إذا أثبتت غياب الزوج عنها مدة سنة متواصـلة مـستمرة غير منقطعة، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٩) من قانون الأحوال الشخـصية: (إذا أثبتـت الزوجة غياب زوجها عنها سنة فأكثر، وكان معلوم محل الإقامة، جاز لزوجته أن تطلب مـن القاضي فسخ عقد زواجها إذا تضررت من غيابه عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).

ونصت المادة (١٢٠) على أنه: (إذا أمكن وصول الرسائل إلى الـزوج الغائـب ضـرب القاضي أجلا، وأعذر إليه بأن يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، او يطلقها فإذا انقضى الأجل، ولم يفعل، ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجها بعد تحليفها اليمين).

ونصت المادة (١٢١) على أنه: (إذا كان الزوج غائبا في مكـان معلـوم، و لا يمكـن وصول الرسائل إليه، أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينـة، وحلفـت اليمين وفق الدعوى فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما بلا اعذار، وضرب أجل، وفـي حال عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى)

---

(1) علي حسب الله، **الفرقة بين الزوجين**، ص١٤٥.

(2) الحطاب ، **مواهب الجليل**، ج٥، ص٢٩.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٤٢١، ابن عبد الهادي، **مغني ذي الإفهام**، ٣٧٥-٣٧٦، البهوتي، **كـشاف الإقناع**، ج٧، ص٢٥٥٠، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي، **الفروع**،، تحقيق واعتناء، رائد صـبري بـن أبي علفة، بيت الأفكار الدولة، عمان ٢٠٠٤ م، ص ١٣٢٣، أبي النجا الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٤٢٤.

(4) علي حسب الله، **الفرقة بين الزوجين**، ص١٤٥.

(5) عبد الله بن محمد بن أبي شيبة، **المصنف** ج٤، ص١٦٩(رقم ١٩٠٢١)ابن عبد البر، **الكـافي**، ص ٢٦١، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٤، ص٩٤، التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ج١، ص٥٢١.

(6) انظر في ذلك أعمر، **الدفوع التأجيلية وتطبيقاتها**، ص٤١١-٤١٢.

نوع الفرقة الحاصلة بسبب غيبة الزوج في القانون:

الفرقة الحاصلة بسبب غياب الزوج في قانون الأحوال الشخصية تكون فسخا؛ وهذا مانصت عليه المادة (١١٩)لأنها لم تصدر من الزوج، ولا بتفويض منه، وقد أخذ ذلك من مذهب الحنابلة.

الحالات التي لا يجوز للزوجة طلب الخيار في الفسخ لغيبة الزوج في قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ

أولا: لا يجوز للزوجة طلب الفسخ إذا لم تمض سنة على غياب الزوج في حال كان معلوم مكان الإقامة، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٩) من قانون الأحوال الشخصية، وإن تضمنت شهادة الشهود غياب الزوج عن الزوجة مدة سنة تقريبا؛ فلا تقبل لأن مدة السنة المنصوص عليها في نص القانون غير متحققة بصورة قطعية حاسمة، ولذلك يجب أن تقوم البينة على أن غيبة الزوج مدة سنة، فإذا لم يثبت غيابه عنها مدة السنة فإنه ليس لها حق في الخيار[1].

ثانيا: لا يجوز للزوجة طلب الفسخ إذا كانت غيبة الزوج غير مستمرة، فاذا كان الزوج يغيب كل شهرين ويعود، أو أنه قد عاد إلى الزوجة خلال السنة فلا تقبل، وعلى ذلك يشترط ان تكون مدة غياب الزوج عن زوجته سنة فأكثر بصورة مستمرة؛ لكي يثبت لها حق الخيار في طلب الفسخ [2] وهو مفهوم المادة(١٢٢)من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي اشترطت ان تكون المدة سنة فأكثر فالمفهوم منها الاستمرار لهذه المدة.

ثالثا: يسقط حق الخيار بطلب الفسخ إذا تبين أن سبب الغياب هو الزوجة وليس الزوج، فإذا تركت الزوجة مكان الإقامة مع زوجها، وغادرت منزله، وطلبت بعد مضي سنه فسخ العقد، فإن حقها يسقط؛ لان حقها في طلب الفسخ لغيبة الزوج أن يكون الغياب من الزوج لا من الزوجة[3].

---

(1) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٤٩، القرار رقم ٨٠٥٤

(2) عبد الفتاح عمر، **القرارات القضائية**، ص٤٩ رقم ٨٦٠١، احمد محمد علي داود **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**، الطبعة الثانية، ج١، دار الثقافة، عمان الأردن، ١٤٣٣ هـ ٢٠١١م، ص٢٢٧ رقم القرار ٨٦٠١ تاريخ ٥٤/١١/٢٢، **أعمر**، **الدفوع التأجيلية**، ص٤١٠، حاشية رقم (٤) وفيها إن الغيبة الموجبة للتفريق هي الغيبة المستمرة.

(3) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٥٠ القرار رقم ٩٤١٠ احمد داود، **القرارات الاستئنافيه**، ص٢٢٩ القرار رقم ١٥٩٥٢ تاريخ ٤/٢٨/ ٦٩

رابعا: استعداد الزوج لأخذ الزوجة للإقامة معه، وهذا ما نص عليه في المـادة (١٢٠) مـن قانون الأحوال الشخصية، فإذا استعد الزوج بعد أعذاره للإقامة معها، أو نقلها إليـه، و امتنعت فإن لا يجوز لها الفسخ، وأن إقرار الزوجة بعدم رغبتها في الإقامة مع زوجهـا لأي سبب كان، يسقط حقها في الخيار سواء أكان ذلك (لانشغال ذمته بتوابـع المهـر المعجل، أم أنها شرطت عليه حين العقد أن لا ينقلها من بلدها) فـان مثـل ذلـك لا يعطيها الحق في طلب فسخ العقد لغيبة الزوج، ولأن المادتين المنصوص عليهمـا فـي القانون قد جاءتا مطلقتان من كل قيد والمطلق يبقى على إطلاقـه، وقـد بـين قـانون الأحوال الشخصية أسبابا أخرى لطلب الفسخ بغير طريق الفسخ للغيبة، سواء أكان ذلك لعدم الوفاء بالشرط، أم إعسار الزوج عن دفع المهر المعجل، وعدم الإنفـاق، وعليـه تكون الزوجة هي الممتنعة من الإقامة مع زوجها. [١]

خامسا: يسقط حق الخيار للزوجة بطلب الفسخ إذا عجزت عن إثبـات دعواهـا بالبينـة مـع اليمين: فإذا كان الزوج مجهول محل الإقامة، فلا بد من إثبات دعواهـا بالبينـة، فـإذا عجزت لا يحق للزوجة طلب الفسخ وكذا اذا اثبتت دعواها وامتنعت عن حلف اليمـين لان اليمين جزء من البينية، وهذا ما نصت عليه المـادة(١٢١)مـن قـانون الأحـوال الشخصية وفيها (........ وفي حال عجزها عن الإثبات أو نكولها عـن اليمـين تـرد الدعوى).[٢]

سادسا: لا يجوز للزوجة المطالبة بالفسخ إذا لم تبين الزوجة أثنـاء السـير فـي إجـراءات الدعوى مكان الإقامة مع الزوج قبل الغياب عنها، فإذا لم تبين ذلك فان حقها في طلـب الفسخ يسقط[٣]

سابعا: يسقط خيار الفسخ إذا كانت اليمين التي حلفتها لم تكن وفق دعواها، وهذا ما جاء فـي نص المادة(١٢١)" فإذا أثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى فـرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجها بلا أعذار وضرب الأجل (فإذا ادعت الزوجـة بـأن زوجها مجهول محل الإقامة أو معلوم محل الإقامة وكانت الرسائل لا تصل إليه وأثبتت دعواها بالبينة المعتبرة وحلفت اليمين الشرعية ،إلا أن اليمين التي حلفتها لم تطابق مـا

---

(1) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٥٢ القرار رقم ١٧٨٣٩، **احمد داود، القرارات الإستئنافية**، ص٢٣١ القرار ١٨٠٠٤ رقم تاريخ ٧٤/٤/٧

(2) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٥٣ القرار رقم ٢١٦٤٥ احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١ ص ٢٣٦ القرار رقم ٢١٦٤٥ تاريخ ٨٠/٩/١٨

(3) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٥٤ القرار رقم ١٥٩١٥ احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٢٣٦ القرار رقم ١٥٩١٥-٢٢٠٩١

ورد في دعواها من أن الزوج طردها من مكانه في مدينة ــ مما اضطرت إلى الحضور إلى عمان والإقامة عند أهلها فان مثل هذه اليمين لا تكون صحيحة لأنه لابد من توافق اليمين مع دعوى المدعية حتى يكون الحكم صحيحا) [١]

ثامنا: يسقط حق الخيار بطلب الفسخ إذا ذكرت الزوجة في لائحة الدعوى أن زوجها لا تعرف حياته من وفاته، وأنه غائب عنها؛ لأنه يشترط لصحة مثل هذه الدعوى حياة الزوج الغائب ليصبح بعد قيام الموجب: الحكم بفسخ العقد لغيبة الزوج لا لفقده، لأن حكم المفقود ليس كحكم الغائب[٢]

تاسعا: يسقط حق الخيار للزوجة بطلب الفسخ لغيبة الزوج إذا جددت الزوجة الدعوى بطلب الفسخ بعد أقل من سنة من تاريخ رد الدعوى الأولى؛ لأن طلبها بفسخ عقد الزواج لغيبة الزوج يتجدد سببها بعد سنة من رد الدعوى التي أقامتها لغيبة الزوج وسقوط الدعوى بسبب من أسباب فسخ الحكم [٣].

التطبيق العملي لحق خيار الزوجة في الفسخ لغيبة الزوج وهجره للزوجته.

تقديم لائحة الدعوى

لدى محكمة..........................الشرعية / القضايا

المدعية:....................   وكيلها...................

المدعى عليه...............   وعنوانه للتبليغ...........

موضوع الدعوى: فسخ عقد الزواج للغيبة والضرر [٤]

وقائع الدعوى:

١) المدعى عليه هو زوجي الداخل (أو غير الداخل ولا المختلي بي الخلوة الصحيحة)

٢) المدعى عليه وقد غاب عني (أو هجرني) [٥] في مسكن الزوجية الكائن في...... منذ سنة أو أكثر من سنة. [٦]

٣) غيابه عني/ أو هجره لي متصل ومستمر

---

(1) أحمد داود، **القرار الاستئنافية**، ج١، ص٢٣٨ القرار رقم ٢٤٩٣٣ تاريخ ٨٤/٩/١.

(2) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٥٦ القرار رقم ٢٧١٣٤

(3) أحمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٢٤٣ القرار رقم ٣٥٩٩٧ تاريخ ٩٣/٧/٢١ م

(4) أعطيت الزوجة هذا الحق في الخيار في منطوق المواد(١١٩-١٢٢) من قانون الأحوال الشخصية

(5) لم يشترط القانون ان يكون هذا الغياب او الهجر بسبب او عذر مقبول او غير ذلك فمجرد الغياب يلحق الضرر بالزوجة فيكون لها حق الخيار.

(6) المراد بالسنة الواردة في قانون الأحوال الشخصية حيثما وردت هي السنة القمرية ما لم ينص فيه غير ذلك انظر المادة (٣٢٢)من قانون الأحوال الشخصية.

٤) غيابه عني أو هجره لي أدى إلى إلحاق الضرر بي، كونه تركني معلقة، لا أنا مع المتزوجات، ولا انا مع المطلقات [١]

٥) المدعى عليه مجهول محل الإقامة، وآخر محل إقامة له..........

الطلب:

المدعية تلتمس من محكمتكم الحكم بالتفريق بينها وبين المدعى عليه بفسخ عقد الزواج[٢] للغيبة والضرر /أو الهجر والضرر وإجراء الإيجاب الشرعي.

واقلبوا فائق الاحترام.

إجراءات الدعوى:

اذا كان الزوج مجهول محل الإقامة.

١- تبليغ المدعى عليه في آخر محل إقامة له وبيان مشروحات المحضر حول ذلك مع الإشهاد بشاهد واحد على الأقل على التبليغ على أن تتضمن مشروحات المحضر قناعته بأن المدعى عليه مجهول محل الإقامة [٣] ويسار للتبليغ عملا بالمادة ٢٣ من أصول المحاكمات الشرعية.

٢- إذا اقتنعت المحكمة بذلك وطلبت المدعية أو وكيلها تبليغه بالنشر[٤] يصار إلى تبليغه عملا بأحكام المادة ٢٣ من أصول المحاكمات الشرعية، وينشر إعلان في إحدى الصحف، ويجب أن يراعى في الأوراق المذكورة والإعلان المذكور في الجريدة تعيين موعد لحضور المدعى عليه أمام المحكمة).

٣- في اليوم المعين للمحاكمة إذا رأت المحكمة أن إجراءات التبليغ صحيحة تحاكم المدعى عليه غيابيا إذا لم يحضر، ولم يرسل وكيلا عنه، ولم يبد للمحكمة معذرة مشروعة، وتجري المحاكمة بصورة علنية إلا في الأحوال التي تقرر فيها المحكمة إجراءها سرا سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم وذلك محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو حرمة الأسرة. [٥]

---

(1) تعطي الحق في الخيار بسبب هذا الغياب وان كان له مال تستطيع الإنفاق منه

(2) جعل قانون الأحوال الشخصية التفريق للغيبة والضرر فسخا انظر المادة(١١٩) منه

(3) وعلى القاضي ان يتحقق من كون المدعى عليه مجهول محل الإقامة وان محل الإقامة المذكور هو أخر محل أقامه له.

(4) وذلك لتعذر بتبليغه بالطرق الاعتيادية فيسار الى تبليغه بالطرق غير الاعتيادية.

(5) انظر المادة (٤٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

٤- تكليف المحكمة المدعية بتقرير دعواها في لائحة الدعوى وتطلب منها التوضيح إذا رأت المحكمة أن اللائحة غير واضحة.

٥- تكليف المدعية إثبات دعواها بالبينة المعتبرة شرعا (وثيقة عقد الزواج إن وجدت وشهادات الشهود الذين يجب أن تسميهم المدعية وتحضرهم وتكلف المدعية بإحضارهم)[(١)].

٦- تسمع المحكمة شهادات الشهود وإذا رأت المحكمة أن شهادة شاهدين على الأقل منهم قد وافقت الدعوى وقنعت المحكمة بشهاداتهم تكلف المدعية بحلف اليمين الشرعية[(٢)] وفق الدعوى فاذا حلفت المدعية اليمين الشرعية، فإنها بذلك تكون قد أكدت على طلبها واختيارها التفريق وتكون الدعوى قد تهيأت للفصل، وتسأل المحكمة المدعية عن أقوالها الأخيرة وتصدر حكمها بناء ما ذكر ويكون مضمون القرار:

القرار

بناء على الدعوى و الطلب والبينتين الخطية الرسمية المبرزة والشخصية المستمعة المقنعة وعملا بأحكام بالمواد ١٨١٨ من المجلة و ٦٧و٧٥[(٣)] من أصول المحاكمات الشرعية ١١٩ و١٢١ من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بالتفريق بين المدعية........ المذكورة وزوجها الداخل / أو غير الداخل بها بصحيح العقد الشرعي المدعى عليه........... بفسخ عقد زواجها للغيبة والضرر أو الهجر (إذا كان مدخولا بها تلتزم بالعدة الشرعية، وإذا لم يكن مدخولا بها ولا مختلا بها خلوة صحيحة لا تلزم بالعدة)، ويكون ذلك اعتبارا من تاريخ الحكم حكما غيابيا قابلا للاعتراض والاستئناف[(٤)] وتابعا له موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية. أفهم للمدعية علنا تحريرا في ٢٠١٣/١/٣م.

الإجراءات بعد صدور الحكم:

١- تبليغ المدعى عليه هذا الحكم طبقا لإجراءات التبليغ السابقة.

---

(1) انفرد قانون اصول المحاكمات الشرعية بمسالة حصر البينة وتعني ان يذكر الطرف الذي يستند في ادعائه على شهادة عدد شهود وأسماءهم ويحصرهم فلا يقبل ان يأتي بغيرهم اذا لم تقبل شهادتهم الا ان تعلقت الدعوى بحق الله فلا يضر حصر الشهادة انظر المادة(٥٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية

(2) اليمين هي تحقق الامر او توكيد بذكر اسم الله تعالى او صفه من صفاته) **روضة الطالبين**، النووي، أشرف عليه زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٥م، ج١١، ص٣، والقاعدة في اليمين هي المواد (٧٧و ٧٨و ٨٢) من القانون المدني. وقد نصت المادة ((١٢١)) من قانون الأحوال الشخصية ((والمدعية بحلفها اليمين تؤكد حقها واختيارها للفرقة عن زوجها للغيبة والضرر)).

(3) المادة (٦٧) متعلقة بالشهادة أما المادة (٧٥) فهي متعلقة بالبينات الخطية.

(4) الأحكام الغيابية تكون قابلة للاعتراض عليها أمام المحكمة خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ التبليغ، انظر: المادة (١٠٦)من قانون أصول المحاكمات الشرعية كما انها تكون قابلة للاستئناف هي و الاحكام الوجاهية الحضورية خلال ثلاثين يوما، انظر المادة (١٣٦) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.

٢- بعد تبليغ الحكم بشهر ترفع القضية لمحكمة الاستئناف الشرعية عملا بالمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية للتدقيق[١] ويكون الحكم الصادر من محكمة الاستئناف قطعيا إن صدق، وإن فسخ القرار الصادر في القضية تعود الدعوى لمحكمة البداية للسماع مجددا خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة القضية من محكمة الاستئناف، وعند السير في المحاكمة يتبع القاضي ما جاء بقرار الفسخ ويتم إجراءات القضية ثم تجري المحكمة التبليغ مرة ثانية وترفع القضية، للاستئناف مرة أخرى ليصار إلى تصديق الحكم فيها إن كان موافقا للأصول.[٢]

ثانيا: إذا كان المدعي عليه معلوم محل الإقامة:

يراعى نفس إجراءات تقديم الدعوى واللائحة السابق ذكرها مع الغاء بند (ان المدعى عليه مجهول محل الإقامة) [٣]

إجراءات الدعوى:

١- تبليغ المدعى عليه موعد الجلسة ونسخة من لائحة الدعوى.
٢- مباشرة المحاكمة وجاهيا عند حضوره أو غيابيا إذا لم يحضر وبلغ حسب الأصول.
٣- تكليف المدعية إثبات الدعوى سواء حضر وأنكر الدعوى أو تغيب.
٤- عند ثبوت الدعوى بالشهادة[٤] كما تقدم أو بالإقرار[٥] يعذر عملا بالمادة(١٢٠) من قانون الأحوال الشخصية في أن المحكمة سوف تفسخ عقد الزواج عليه إذا لم يحضر للإقامة معها، أو ينقلها إليه، أو يطلقها، وإذا انقضى الأجل ولم يفعل أو يبد عذرا مقبولا تفرق المحكمة بينهما بعد تحليفها اليمين.

---

(1) فالمحكمة الابتدائية ترفع لمحكمة الاستئناف الشرعية الاحكام الصادرة على القاصرين وفاقدي الأهلية وعلى الوقف وأحكام فسخ النكاح والتفريق والطلاق والرضاع المانع من الزوجية والجنون وغير ذلك مما يتعلق به حق الله عز وجل واحكام الدية وذلك لتدقيق بعد مضي ثلاثين يوما من صدور الحكم.
(2) انظر المواد (١٤٦ و ١٤٧ و ١٤٨ و ١٤٩) من قانون أصول المحاكمات الشرعية.
(3) انظر ص٧٢ من هذه الرسالة.
(4) الشهادة هي اخبار بلفظ الشهادة في مجلس الحكم لاثبات حق على الغير انظر (١٦٨٤)من المجلة
(5) الاقرار هو (اخبار الانسان عن حق عليه لاخر) انظر المادة(١٥٧٢)من المجلة وانظر: **وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، محمد مصطفى الزحيلي، مكتبة دار البيان، دمشق، ١٩٨٢م، ج١، ص٢٣٦.

٥- يبلغ الاعذار حسب الأصول ويعطى فترة من الزمن إذا انقضت ولم يفعل ما ذكر[1] في الاعذار تحلف المدعية اليمين الشرعية على أنه لم يفعل ما أعذر، وتصدر المحكمة حكمها بالتفريق بينهما بفسخ عقد الزواج، ثم يصار إلى تبليغه الحكم إذا كان غائبا، وترفع الدعوى لمحكمة الاستئناف بعد شهر، وذلك للتدقيق كما ذكر سابقا.

ولابد أن يقرر الباحث هنا: أن حق الزوجة في اختيار طريق التفريق للغيبة أو للهجــر أو الضرر قد يتوقف في مرحلة من مراحل الدعوى على إرادة المدعى عليه، فالدعوى مــثلا إذا وصلت إلى مرحلة الاعذار[2] وإنذار الزوج (بان يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليــه) نفــذ المدعى عليه مضمون الاعذار فانه وبتنفيذه مضمون الاعذار يكون قد وضع حــدا الاختيــار الزوجة طريق التفريق وفي هذه الحالة ترد دعواها ان اثبت الزوج تنفيذه لمضمون الاعــذار وبهذا ينتهي حق الزوجة في الاختيار بفعل الزوج المذكور.

---

(1) ان أمر تحديد مدة الاعذار متروك لسلطة القاضي التقديرية وقد جرى العمل القــضائي أن لا تقــل مــدة الأعذار عن شهر ليتمكن الزوج من تنفيذ مضمون الاعذار الذي وجهته له المحكمة، أحمد أعمــر: **الــدفوع التاجيلية وتطبيقاتها**، ص٤١١.

(2) يقول الدكتور أحمد أعمر **(الاعذار قانونا يظهر فيه معنى التأجيل واضحا على الرغم من ان القانون لم يعرف مثل هذا المصطلح الا انه ورد في العديد من النصوص القانونية بمعنى الإمهال والتأجيل)** كما فــي منطوق المادة (٢٠) من قانون الأحوال الشخصية ثم يقول:**(الاعذار في الاصطلاح الفقهي لا يفهم من وجوب امهال احد الخصوم و انما هو كلام موجه من القاضي الى من توجب عليه الحكم يقصد به قطع عذره اذ انه قد يعترف بعدم العذر فلا امهال وقد يطلب مهله لإحضار حجته)** انظر احمد اعمــر، **الــدفوع التاجليليــة**، ص٧٣، وعرفه الدكتور زياد الحجاج بقوله الاعذار هو**(إنذار القاضي المحكوم عليه و إمهاله مدة بعد سماع البينة قطعا لعذره)** زياد سامي جدعان الحجاج، **المدد و الأعذار وآثارهما وتطبيقاتهما في المحاكم الشرعية الأردنية**، رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية، ص٩

المبحث الخامس

حق الخيار للزوجة لهجر زوجها لها

المطلب الأول: تعريف الهجر لغة واصطلاحا

الفرع الأول: الهجر لغة:

الهجرُ ضدُ الوصلِ[١]: هجرَهُ يهجرُهُ هجراً وهجرانا صرمَهُ، وهما يهتجرانِ ويتهاجرانِ والاسمُ الهجرةُ.[٢] وهجرَ الرجلُ هجراً إذا تباعدَ و نأى والهجرُ من الهجرانِ وهو تــركُ مــا يلزمُــكَ تعاهُدَهُ وهجرَ في الصومِ يهجرُ هجراناً اعتزلَ فيهِ النكاحَ، ولقيتُهُ عن هجرٍ: أي بعــدَ الحــولِ ونحوَهُ، وقيلَ الهجرُ سنةٌ فصاعداً، أو بعدُ ستةِ أيامٍ فصاعداً، وقيلَ الهجرُ المغيبُ أياً كانَ. [٣]

الفرع الثاني: تعريف الهجر اصطلاحا:

لم أقف عند للفقهاء على تعريف لمعنى الهجر، ولعل السبب في ذلك كون معناه مفهوما عندهم، أو انه لا يخرج عن المعنى الغوي فقد جاء في كتاب (أحكام القرآن)لابــن عربــيّ[٤]: فنظرنا في موارد الهجر فوجدناها سبعه ضد الوصل. ونظرنا في هذه الموارد فألفيناها تــدور على حرف واحد وهو البعد عن الشيء، فالهجر قد بعد عن الوصل الذي ينبغي مــن الألفــة، وجميل الصحبة، والهجر في المضاجع: أن يفارقها ويوليها ظهره ولا يجامعها. [٥]

والهجر: أن لا يجمعها وإياه فــراش، ولا وطء، حتــى ترجــع إلــى الــذي يريــد[٦]. أو هو ترك الزوج وطء زوجته مده سنة فأكثر بلا عذر مقبول، مع أنهما يعيــشان فــي بلــد واحد، وتضرر الزوجة من ذلك[٧].

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب**، مادة (هجر)، ج٥، ص٢٥٠، الرازي، **مختار الصحاح**، فــصل الهــاء مــادة (هجر)، ص٢٨٨، احمد رضا، **معجم متن اللغة** مادة (هجر)، ج٥، ص٦٠٠.

(2) ابن منظور، **لسان العرب**، ج٥، ص٢٥٠.

(3) ابن منظور، **لسان العرب**، ج٥، ص٢٥٢، الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، ص ٤٩٥، احمــد رضــا، **معجم متن اللغة**، ج٥، ص٦٠٠.

(4) محمد عبد الله المعروف بابن عربي، **أحكام القرآن**، علق عليه: محمد عبد القادر عطا، الطبعــة الثالثــة، ج١، دار الكتب العلمية، ببيروت لبنان، ١٤٢٤هــ ٢٠٠٣م، ص٥٣٤

(5) محمد بن احمد أبي بكر القرطبي، **الجامع الأحكام القرآن** تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي ومحمد رضوان عرقسوسي وماهر حبوش، الطبعة الأولى، ج٦، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٧هــ ٢٠٠٦م، ص٢٨٤

(6) ابن عربي، **أحكام القرآن**، ج١ ص٥٣٣.

(7) عمر سليمان الأشقر، **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني مع أسئلة للمناقشة وتمرينات**، دار النفائس، ط٢، ١٤٢١هــ، ٢٠٠١، ص٢٧١، كمال علي صالح الصمادي، **اجتهاد محكمــة الاســتئناف الشرعية في مسائل التفريق التي لم يرد فيها نص خاصة في قانون الأحوال الشخصية**، الطبعــة الأولــى، ٢٠٠٦م، ص٦٨، احمد عبد الهادي أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤١٠، حاشية رقم٥

المطلب الثاني: أراء الفقهاء في حق الخيار للزوجة بفسخ عقد الزواج لهجر زوجها لها بدون سبب مشروع

اختلف الفقهاء في إعطاء الزوجة الحق بفسخ عقد زواجها من زوجها لفوات الاستدامة في الوطء بقصد الإضرار بها على قولين:

القول الأول: لا يحق للزوجة طلب فسخ عقد الزواج بسبب هجر زوجها لها وترك وطئها، وعللوا ذلك بأنه: ليس للزوجة إجبار الزوج على الوطء، و إنما الوطء واجب ديانة، ولا يجبر عليه قضاء إلا مرة واحدة، وهذا رأي الحنفية [(١)]و الشافعية. [(٢)]

أدلة هذا القول:

أولا من السنة:

١- عن عمرو بن الاحوص قال:حدثني أبي أنه شهد حجة الوادع مع رسول اللهﷺ، فحمد الله، وأثنى عليه، وذكر ووعظ، فذكر في الحديث قصة فقال: " ألا واستوصوا بالنساء خيرا، فإنما هن عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، ألا إن لكم على نسائكم حقا، ولنسائكم عليكم حقا، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن. [(٣)]

وجه الدلالة:

فإن رسول اللهﷺ رتب حقوق الزوجة على الزوج، ولم يبين من هذه الحقوق الاستدامة في الوطء، ولو كان حقا لها لذكره رسولﷺ، وعليه لا يثبت للزوجة حق خيار الفسخ بسبب ترك الزوج وطئها؛ لأنه ليس حقا لها.

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٦٠٦، ابن عابدين، **رد المحتار**، ج، ٤ ص٦٠، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٤١٣.

(2) الماوردي، **الحاوي**، ج٩، ص٥٧٢، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص ٢٣٣.

(3) الترمذي، **سنن الترمذي** ج٣، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، رقم ١١٦٣ وقال الترمذي (هذا حديث حسن صحيح) ص ٤٦٧، ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، ج١، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، رقم الحديث ١٨٥١، ص ٥٩٤،، الألباني، **إرواء الغليل**، ج٧، ص٩٦-٩٧، قال:الألباني فالحديث بمجموع الطريقين حسن.

مناقشة ذلك:

إن رسول اللهﷺ قد عد الوطء حقا من حقوق الزوجة، لما قال لمن أراد أن يقوم الليل ويقوم النهار فنهاه عن ذلك، وقال: " إن لأهلك عليك حقا"[1]، ولأن ذلك معلوم من قصد النكاح وطلبه، ووجه شرعيته أنه لقضاء وطر الزوج، ووطر الزوجة بذوق العسيلة، ولذا قال الفقهاء: لو شرط الزوج (أن لا يطأها) ألغي هذا الشرط، وبطل، لأنه خلاف موجب النكاح، فدل على أن من موجباته، كونها توطأ، فكما أنه من موجباته أن يباشرها الزوج لقضاء وطره، كذلك من موجباته قضاءه وطرها، لكن هذا لما كان أمرا طبيعيا قد جبل الله عليه الإنسان ذكرا كان، أو أنثى، فان الشارع لم يبالغ في ذكره إذ في الطباع وازع خلقه الله تعالى، فلا يكون الزوج معاشرا بالمعروف لأهله إلا بغشيانهن و وقاعهن، وهذا أمر معروف، لا ينكره أحد، فإنه لو أحسن إلى امرأته بكل إحسان من طعام وكسوة وحسن خلق وغير ذلك لما كان عندها معاشرا بالمعروف ولا يتم إحسانه إلا بوقاع امرأته، هذا أمر لا يجهله إلا مكابر ومن لا يعرف النساء. [2]

٢- عن عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته ((أن امرأة رفاعة القرظيّ جاءت إلى رسول اللهﷺ فقالت: يا رسول الله، إن رفاعة طلقني، فبت طلاقي ،وأني نكحت بعده عبدالرحمن بن الزبير القرظيّ، وإنما معه مثل الهدبة، فقال رسول اللهﷺ: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته))[3]

وجه الدلالة:

لو كان لها حق في الوطء لفسخ بهﷺ نكاح عبد الرحمن بن الزبير أو أمره بفراق امرأته، وقد جاءت تشكوه وتقول: إنها كانت عند رفاعة القرظي، فبت طلاقها، فتزوجها عبد الرحمن (وإنما معه مثل هدبة الثوب)وهذا صريح في شكواها بأنه لم يطأها، مع ذلك لم يزلﷺ شكواها بأي الأمرين، وما ذاك إلا أنه لا حق لها " [4]

---

(1) البخاري، **صحيح البخاري**، ج٥، كتاب النكاح، باب لزوجك عليك حق، رقم الحديث ٤٩٠٣، ص ١٩٩٥، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الصوم، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقا أو لم يفطرالعيدين والتشريق وبيان تفضيل صوم يوم وإفطار يوم، ج٢، ص٨١٢، رقم ١١٥٩

(2) محمد بن إسماعيل بن صلاح المعروف بالأمير الصنعاني، **مجموع الرسائل الفقهية**، تحقيق خالد بن محمد بن عثمان المصري، الطبعة الأولى، الفاروق الحديثة، القاهرة، ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م، ص٢٠٤-٢٠٥

(3) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الطلاق، باب من جوز الطلاق الثلاث، ج٥، رقم الحديث، ٤٩٦٠، ص٢٠١٤، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب النكاح: باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها، ج٢، ص ١٠٥٥-١٠٥٦، رقم ١٤٣٣.

(4) الصنعاني، **مجموع الرسائل الفقهية**، ص٢٠٥

مناقشة ذلك:

أن الحديث لا دليل فيه على أنه لا حق للمرأة في وطء، بل قد يفهم أنه لو قد وقع ذوق العسيلتين بينها وبين عبد الرحمن لشكاها الى رسول الله ﷺ، ولأمر عبد الرحمن بفراقها؛ لترجع إلى رفاعة لأنهﷺ لم يجعل المانع إلا عدم الذوق. [١]

من المعقول:

أن الزوج لا يجب عليه استدامة الوطء إلا مرة واحده قضاء، ولا يجبر عليه. [٢]

وعليه إذا هجر الزوج زوجته وترك الوطء فإنه لا يجبر عليه، ولا يعطي ذلك للزوجة الحق بطلب فسخ النكاح؛ لان الوطء حق الزوج، ولا يجبره القاضي على ذلك.

مناقشة ذلك:

لو لم يكن الوطء واجبا لم يصر باليمين على تركه واجبا، كسائر ما لا يجب، ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة، كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك، ويكون النكاح حقا لهما جميعا، ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لما أوجب استئذانها في العزل. [٣] فقد نهى النبي أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها. [٤]

وعليه فإذا طلبت الزوجة من القاضي فسخ عقد الزواج بسبب ترك الزوج الوطء وهجره لها، فإنه يجاب إلى طلبها.

القول الثاني: إذا ترك الزوج وطء الزوجة وتضررت من ذلك كان لها الخيار في فسخ عقد الزواج بسبب هجر زوجها لها وترك وطئها دون سبب مشروع وهذا مذهب المالكية. [٥] والحنابلة. [٦]

---

(1) الصنعاني، **مجموع الرسائل الفقهية**، ص٢٠٦.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٦٠٦، ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٤، ص٦٠، ابن همام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٤١٣، الماوردي، **الحاوي**، ج٩، ص٥٧٢، الشيرازي، **المهذب**، ج ٤، ص٢٣٣.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٢٤٠.

(4) ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، ج١، كتاب النكاح، باب العزل، ص ٦٢٠، رقم ١٩٢٨، احمد بن حنبل، **مسند أحمد**، ج١، ص ١٢٤، مالك بن انس، **الموطا**، ج٢، ٥٩٦، البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٧، ص٣٧٧، ابن حجر، **فتح الباري**، ج٩، ٣٠٨، الشوكاني، **نيل الاوطار**، ج٦، قال الشوكاني (إسناده ليس بذلك)، ص ٢٥٠، ابن حجر، **تلخيص الحبير**، ج٣، ص ٣٨١، الألباني، **إرواء الغليل**، ج٧، قال الألباني (ضعيف)، ص٧٠

(5) مالك ابن انس الاصبحي، **المدونة**: الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، ج٢، ص١٩١، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٦٠٢، ابن جلاب، **التفريع**، ج٢، ص٩٢، الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٢، ص٣٤٥.

(6) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٢٣٩-٢٤٠، المرداوي، **الإنصاف**، ج٢، ص١٤٥٧، علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي الحنبلي، **الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية**، تحقيق: احمد محمد بن حسن الخليل، دار العاصمة، ص٣٥٥، أبي النجا الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٤٢٣.

أدلة القول الثاني:

أولا: من الكتاب:

قوله تعالى: (فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ) [١]

وجه الدلالة:

دل ذلك على حق الزوجة في الوطء يقول ابن عباس في قوله تعالى (فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ) قال: (لا مطلقة ولا ذات بعل). [٢]

ومعلوم أن المطلقة وغير ذات البعل هي من لا يكون لهما من يذوق عسيلتهما، ويذوقان عسيلته، لا من ليس لها من ينفق عليها ويكسوها، كما يقول من لا يوجب لها حقا في الوطء، إذا المطلقة ومن لا بعل لها لا بد لهما من منفق وكاس، أما من مالها إن كانت ذات مال أو ممن يلزمه ذلك من قرابتهما فالتي كالمعلقة هي التي لا توطأ، وقد نهى الله عن تركها كذلك، والنهي للتحريم، وهو أمر بضده، فيقتضي إيجاب الوطء، وبه يتم أنها لم تترك كالمعلقة. [٣]

ثانيا: من السنة:

عن عبد الله بن عمر بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار، وتقوم الليل، قلت: بلى، يا رسول الله، قال: فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا. [٤]

وجه الدلالة:

فقد عد النبيﷺ الوطء حق للزوجة لما قال لمن أراد ان يقوم الليل ويصوم النهار فقد جاء النهي من النبيﷺ عن ترك حق الزوجة في الوطء وقال (إن لزوجك عليك حقا)[٥]، ومن هنا فإن هجر الزوج لزوجته وتركه لجماعها هو ترك لحق من حقوق الزوجة التي تؤدي إلى إيقاع الضرر بها، ولا يمكن إزالة هذا الضرر إلا بإعطاء حق الخيار بطلب فسخ عقد زواجها، لرفع هذا الضرر، أو أن تصبر على ذلك، وتبقي على زواجها مع ما فيه من إلحاق الضرر بها.

---

(1) سورة النساء رقم الآية ١٢٩.

(2) ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٣، ص ٥١٩، رقم (١٦٦٨٧)، البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٧، ص٤٨٦، الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢، ص ٦٨.

(3) الصنعاني، **مجموعة الرسائل الفقهية**، ص٢٠٦.

(4) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب لزوجك عليك حق، رقم الحديث ٤٩٠٣، ص ١٩٩٥، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب الصوم، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقا أو لم يفطر العيدين والتشريق وبيان تفضيل صوم يوم وإفطار يوم، ج٢، ص٨١٢، رقم ١١٥٩.

(5) ابن حجر، **شرح فتح الباري**، ج٩ ص ٢٢٩، الصنعاني، **مجموعة الرسائل الفقهية**، ص ٢٠٤

ثالثا: من القياس:

١- أن الزوجة تتضرر بترك الوطء باليمين وهو (الايلاء) هذا الحكم يلحق بمن ترك الوطء بغير يمين لأن الضرر يوجد في الحالتين جميعا. [1]

رابعا: من المعقول:

النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضر عنهما وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة، كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل، فيجب تعليله بذلك، ويكون النكاح حقا لهما جميعا، ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل.[2] فقد نهى النبي أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها.[3]

الرأي الراجح:

ويرى الباحث ترجيح الرأي القائل بإعطاء الزوجة حق الخيار بطلب فسخ عقد زواجها لهجر زوجها لها، وتركه لوطئها؛ لأن الوطء هو مقصود النكاح، فكما أن الزوج له حق الوطء والاستمتاع فان للزوجة أيضا في المقابل حق الوطء، و الاستمتاع؛ لأن من مقاصد النكاح "التناسل"، وهجر الزوج لزوجته من باب التعسف والظلم إن كان بدون وجه مشروع وبقصد الأضرار بها فكان لا بد من إعطائها حق الخيار في فسخ عقد الزواج بطلب ذلك من القاضي، لأن هجر الزوج لزوجته يتعارض مع غريزة المرأة فكما أن للرجل غريزة جنسية فان للمرأة غريزة جنسية أيضا فكان هجر الزوج لزوجته دون وجه حق مشروع إضرار وتعسف منه باستعماله لهذا الحق الذي شرع في حالات خاصة محدده لا يملك الزوج تجاوزها أضافه إلى انه يكون مخالفا لمقاصد الشريعة الإسلامية فكان إعطاء حق الخيار للزوجة بفسخ عقد الزواج لرفع هذا الضرر عن الزوجة موافقاً للحكمة الإلهية بالمحافظة على المقاصد الضرورية للإنسان وهي الحفاظ على النسل وعدم انتشار الرذيلة.

---

(1) ابن رشد، **بداية المجتهد** ج٢ ص١٠١، ابن نصر، **المعونة** ج١ ص٦٠٢.محمد عبد الوهاب بن علي نصر البغدادي المالكي، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، علق عليه مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، ج٣، دار ابن القيم، المملكة العربية السعودية، دار ابن عفان، جمهوريه مصر العربية، ١٤٢٩ هـ ٢٠٠٨م، ص٤٧١، احمد أعمر، **الدفوع التأجيلية** ص٤١٣ حاشية رقم ١ وفيه ((من امتنع عن الوطء بغير علة ولا عذر فانه يلحق بالمولي في الأجل إذ يؤجل تمام أربعة أشهر من يوم ثبوت الامتناع عن الوطء)) وقد ورد في **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٢ ص٤٣١ ما نصه (من ترك الوطء وأرادت الطلاق فان الحاكم يجتهد في طلاقها عليه...........فورا بدون اجل أو يضرب له أجلا واجتهد فيه)

(2) ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص٤٢٠، ابن حجر، **فتح الباري**، ج٩، ص ٣٠٨

(3) سبق تخريجه ص ٧٩.

حق الخيار للزوجة بفسخ العقد لهجر زوجها لها في القانون:

أعطى قانون الأحوال الشخصية للزوجة حق الخيار في أن ترفع أمرها إلى القاضي إذا هجرها زوجها وامتنع عن قربانها في بيت الزوجة مدة سنة فأكثر، فإذا ما استعملت هذا الحق و لجأت إلى القضاء وأثبتت ما دعته أمهله القاضي شهرا حتى يفيء إليها أو أن يطلقها فان لم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينها وبينه بفسخ عقد زواجهما لرفع هذا الضرر عن الزوجة ولم يشترط القانون ادعاء الزوجة بالضرر حتى يصح ادعائها كما هو الحال في الغيبة لان الضرر في هذه الحال مفترض ومتحقق يقينا بمجرد الهجر وبحكم العادة ولا يحتاج إلى الادعاء به او حتى إثباته [1]. فوجب رعاية لحقها رفع هذا الضرر عنها، إضافة الى أن هذا الضرر مفترض ابتداء ولا يعرف إلا من جهة الزوجة وهي مصدقة فيه بمجرد ادعائها فلا موجب لتكليفها الادعاء به وإثباته.

وهذا ما نصت عليه المادة(١٢٢) من قانون الأحوال الشخصية (إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن قربانها في بيت الزوجية مدة سنة فأكثر وطلبت فسخ عقد زواجها منه أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها، فإن لم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما)

وقد حدد القانون أن مدة الهجر هي سنة قياسا على مدة الغائب عن زوجته.

نوع الفرقة الحاصلة بسبب هجر الزوج زوجته

ذهب القانون إلى اعتبار هذه الفرقة(فرقة فسخ) وقد اخذ ذلك من مذهب الحنابلة قياسا على التفريق للغيبة إذ أن (ألمقيس) يأخذ حكم (المقيس عليه) لأن نتيجة القياس هي ثبوت حكم الأصل للفرع بجامع الضرر بينهما.

سقوط حق الخيار بطلب الفسخ لهجر الزوج في القانون

إذا استعد الزوج للمعاشرة، ورفضت فلا تسمع دعواها لأنه وباستعداد الزوج لمعاشرتها فعلا فان سبب الادعاء يكون قد زال[2].

ما هو الضابط للتفريق بين ((الغيبة)) و ((الهجر)):

القاعدة في ذلك الهجر هو امتناع الزوج عن قربان زوجته مع وجوده في بيت الزوجية مدة سنة فأكثر وهذا مفهوم المادة((١٢٢))من قانون الأحوال الشخصية الأردني والتي تنص على ((إذا أثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن قربانها في بيت الزوجية مدة سنة

(1) أحمد أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤١٣ حاشية رقم (١)
(2) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٥٣، القرار رقم ٢١٠٤٠.

فأكثر وطلبت فسخ عقد زواجها منه أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ليفيء إليها أو يطلقها، فإن لم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما))امـا الغيبـة فهـو غياب الزوج عن زوجته مدة سنة فأكثر وقد يكون معلوم مكان الإقامة وهذا ما نـصت عليـة المادة ((١١٩))من قانون الأحوال الشخصية الأردني((إذا أثبتت الزوجة غياب زوجهـا عنهـا سنة فأكثر، وكان معلوم محل الإقامة، جاز لزوجته أن تطلب من القاضي فسخ عقد زواجهـا إذا تضررت من غيابه عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه)) وقد يكون مجهول محـل الإقامة هذا ما نصت علية المادة((١٢١))(إذا كان الزوج غائبا في مكان معلـوم، و لا يمكـن وصول الرسائل إليه، أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينـة، وحلفـت اليمين وفق الدعوى فرق القاضي بينهما بفسخ عقد زواجهما بلا اعذرا، وضرب أجل، وفـي حال عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى)

المبحث السادس

حق الخيار للزوجة بفسخ عقد زواجها لحبس زوجها

المطلب الأول: تعريف الحبس لغة واصطلاحا

الحبسُ لغةً: حبسَ يحبسُهُ حبساً فهو محبوسٌ، واحتبسَهُ وحبسَهُ: أمسكَهُ عن وجهِهِ، والحبسُ ضدُ التخليةِ[١] والحبسُ هو المنعُ وهو مصدرُ حبسْتُهُ من بابِ ضرَبَ ثم أطلقَ على الموضعَ الحبسُ[٢].

السجنُ لغةً: الحبسُ وقد سجنَهُ من بابَ نصرَهُ [٣] سجنَهُ سجناً حبسَهُ وصاحبَهُ مأمورُ السجن[٤] وعليه فإنَّ الحبسَ هو(المكانُ الذي يسجنُ فيهِ وهو السجنُ) وعليهِ فهما بمعنى واحدٍ.

تعريف الحبس اصطلاحاً: هو تعويق الشخص ومنعه من التصرف بنفسه، سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل الخصم نفسه، أو وكيله عليه، وملازمته له[٥].

تعريف السجن اصطلاحاً: حجز الشخص في مكان من الأمكنة، ومنعه من التصرف بنفسه، ليتبين ماله، أو خوفاً من هروبه، أو استيفاء العقوبة، حتى يتبين حاله ماليا، هل عنده وفاء بينه أم لا، ولمنع هروبه، وضياع ما عليه، أو لإمكان استيفاء العقوبة التي تكون عليه[٦].

وعليه فإن الباحث ومن خلال التعريفات السابقة يقرر ان السجن جزء من الحبس، وداخل فيه فالحبس أعم من السجن.

ويرى البعض أن هناك فرقا بين الحبس والسجن من حيث المدة، ففي حين تزيد مده السجن في غالبها عن ثلاث سنوات، فهي في الحبس تقل، حيث نصت المادة ٢٢/ج من قانون التنفيذ على أنه ((لا يجوز أن تتجاوز مدة الحبس تسعين يوما من السنة الواحدة عن دين واحد، ولا يحول ذلك دون طلب الحبس مره أخرى بعد انقضاء السنة))[٧].

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب**، ج ٦، مادة (حبس) ص ٤٤، الرازي، **مختار الصحاح**، باب(الحاء) ص ٥١

(2) **الفيومي، المصباح المنير** كتاب الحاء (الحاء مع الباء وما يثلثهما)، ص ٤٦، **احمد رضا، معجم متن اللغة**، ج ٢، مادة(حبس)، ص ١٢، ألمطرزي، **المغرب في ترتيب المعرب**، ج ١، باب الحاء، الحاء مع الباء، مادة (حبس)، ص ١٧٦.

(3) **الرازي، مختار الصحاح**، باب السين، ص ١٢١، **الفيومي، المصباح المنير**، السين مع الجيم وما يثلثهما، ص ١٠٢، **احمد رضا، معجم متن اللغة**، ج ٣، مادة (سجن)، ص ١١١.

(4) **معجم متن اللغة**، ج ٣، ص ١١٠ ــ ١١١.

(5) أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، تحقيق: نايف بن احمد احمد، المجلد الأول، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ، دار علم الفوائد، مكة المكرمة، ص ٢٦٩.

(6) سميرة سيد سلمان بيومي، **الحبس في الشريعة الإسلامية**، الطبعة ١، دار الطباعة المحمدية القاهرة، ١٤٠٩ هـ ١٩٩٨ م، ص١١.

(7) احمد يوسف أبو هويدي، **دعوى التفريق للحبس من بدايتها الى نهايتها**، بحث محاماة، ٢٠٠٤م ص١٦

المطلب الثاني: حق الخيار للزوجة في فسخ عقد زواجها لحبس زوجهـا وأراء الفقهاء:

يمكن أن نبين آراء الفقهاء بإعطاء حق الخيار للزوجة بطلب فسخ عقد الـزواج لحـبس الزوج، وبناء على ذات الاختلاف في أعطاء حق الخيار للزوجة لفقد زوجهـا أو غيبتـه أو هجره لها، وقد اختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: وهم المانعون من أعطاء حق الخيار للزوجة بفسخ العقد لفقد الـزوج أو غيبته أو هجره للزوجته، و هؤلاء ذهبوا إلى عدم إعطاء حق الخيـار للزوجـة بفـسخ عقـد الزواج لحبس الزوج وهم الحنفية، والشافعية، واستدلوا بالأدلة التي استدلوا بهـا علـى عـدم أعطاء حق الخيار للزوجة لفقد الزوج أو غيبته أو هجره لها[١].

القول الثاني: وهم المجيزون لإعطاء حق الخيار للزوجة بفسخ عقد الزواج بفقد الزوج وغيبته وهجره للزوجة، وهؤلاء أجازوا إعطاء حق الخيار للزوجة لطلب بفسخ عقد الـزواج لحبس الزوج، وهم المالكية، والحنابلة، واستدلوا بالأدلة التي استدلوا بها لإعطاء حق الخيـار للزوجة لفسخ عقد الزواج لفقد الزوج وغيبته وهجره لها[٢].

الرأي الراجح:

ويرى الباحث ترجيح القول القائل بإعطاء حق الخيار للزوجة بطلب فسخ عقد الـزواج لحبس الزوج؛ لرفع الضرر المترتب على الزوجة بسبب حبس الزوج مدة طويلة تتضرر منـه الزوجة ضررا معنويا وماديا، فعدم الإنفاق على الزوجة وتركها بدون نفقه أو منفـق عليهـا ضرر، ولكن الضرر الأكبر على الزوجة هو ترك الزوجة دون وطء، وهذا الضرر قد يوقـع الزوجة في مهالك لا تستطيع الزوجة دفع هذا الضرر عن نفسها إلا بإعطـاء الزوجـة حـق الخيار لطلب الفسخ عقد الزواج من القاضي، لرفع هذا الضرر، ويؤكد هذا الترجيح مـا ورد في كتاب الاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية: وفيه (وحصول الضرر للزوجـة بتـرك الوطء مقتضى للفسخ بكل حال، سواء كان بقصد من الزوج، أو بغير قصد، ولو مـع قدرتـه وعجزه كالنفقة، وأولى للفسخ بتعذره في الايلاء إجماعا وعلى هذا فالقول في امـرأة الأسـير والمحبوس ونحوها ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول فـي امـرأة المفقـود بالإجماع كما قاله أبو محمد المقدسي)[٣].

(1) انظر : ص ٤٨،٤٩، ٦٤، ٦٥، ٧٧، ٧٨، ٧٩، من هذه الرسالة .

(2) انظر : ص ٥٠، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٦٢، ٦٣، ٧٩، ٨٠، ٨١، من هذه الرسالة .

(3) ابن تيمية، **الاختيارات الفقهية من فتأوي شيخ الإسلام**، دار الكتب العلميـة، بيـروت لبنـان، ١٩٩٥م، ص ٢٠٧

حق الخيار للزوجة بفسخ العقد لسجن الزوج قانونا:

عرفت المادة (٢١) من قانون العقوبات الأردنيّ رقم (١٦) سنة(١٩٦٠م) الحبس بأنه(وضع المحكوم عليه في احد سجون الدولة المدة المحكوم بها عليه وتتراوح بين أسبوع وثلاث سنوات إلا أذا نص القانون على خلاف)

وأعطى قانون الأحوال الشخصية الخيار للزوجة التي حبس زوجها بطلب فسخ عقد الزواج من القاضي بعد أن تتوافر شروط الفسخ المقررة لإجابتها قانونا إلى طلبها وهي تتمثل بأن:

أولا: أن يكون الزوج محكوما بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاثة سنوات فأكثر.

ثانيا: أن يكون هذا الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية

ثالثا: أن تمضي سنة واحدة من تاريخ حبسه وتقييد حريته وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٥) من قانون الأحوال الشخصية على انه: (لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته فسخ عقد زواجها منه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه فإذا أفرج عنه قبل صدور حكم الفسخ يرد الطلب).

ولغايات تطبيق أحكام هذه المادة بخصوص ألمده الزمنية والتي تعطي المرأة حق الخيار لفسخ العقد لحبس زوجها فإننا نرجع إلى نص المادة (٣٢٢) من قانون الأحوال الشخصية والتي نصت على انه (المراد بالسنة الواردة في هذا القانون هي ألسنه ألقمريه ما لم ينص فيه على غير ذلك).

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو:هل يمكن أن يقاس الاعتقال الصادر به قرار من السلطات المختصة على أي من الغائب أو المحبوس المحكوم عليه بإعطاء زوجه المعتقل حق الخيار بفسخ عقد زواجها لاشتراك الحبس والاعتقال في العلة وهي لحوق الضرر بالزوجة؟؟ ويرى القاضي الدكتور أحمد أعمر: أن العلة التي دعت الشارع إلى فسخ عقد زواج زوجة الغائب أو زوجة المحبوس والمتمثلة في(حماية الزوجة من الضرر الذي يصيبها من بعد زوجها عنها) وإن كانت متوافرة بالنسبة لزوجة المعتقل وأن هذا البعد قرينة على (تحقق الضرر ووقوعه بالنسبة لزوجه المعتقل) إلا أنه لا اجتهاد في مود النص، إذ القياس على أي من (الغيبة او الحبس) قياس خاطئ، ومخالف للقانون(فالفسخ لغيبه الزوج)، منصوص عليه في المواد(١١٩-١٢١) و(الفسخ لحبس الزوج) منصوص عليه في المادة(١٢٥)والقياس على الغائب غير صحيح لأن المعتقل لم يغب عن زوجته، و إنما ابعد عنها، ولا حيلة له في هذا الإبعاد، لأنه خارج عن إرادته ولا دخل له فيه هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الاعتقال ليس غيابا، حيث نصت المادة(٢٤٥)على أن الغائب (هو الشخص الذي لا يعرف موطنه او محل إقامته وحالت ظروف دون إدارته شؤونه المالية بنفسه أو

بوكيل عنه مدة سنه فأكثر) إضافة إلى أن المادة(١٢٠) نصت على أنه إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بان يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فلم يكن في مكنه الزوج أن يحضر للإقامة مع زوجته ولم يكن في مكنة الزوج أن ينقلها إليه أيضا لاتحاد السبب في الأمرين وهو الاعتقال و إمكان وصول الرسائل إليه وكلا المادتين(١٢٠ و٢٤٥) وهما متلازمتان وتلازمهما يفيد بعدم اعتبار المعتقل غائبا أما قياس (المعتقل) على (المحبوس) فغير صحيح أيضا ذلك أن المادة(١٢٥) جاءت مقيده بقيود يجب على القاضي مراعاتها والتمسك بها و لا يجوز له القياس عليها أو التزيد في تطبيقها والمعتقل لم يحكم عليه بحكم نهائي بالحبس مدة ثلاث سنوات فأكثر هذا من جهة ومن جهة ثانيه فان أمر الاعتقال لا تحدد فيه مدة ما ومن الممكن الإفراج عن المعتقل في إي وقت أو لحظه والمشرع عندما أعطى الحق لزوجه المحكوم عليه نهائيه بعقوبة مقيدة للحرية مده ثلاثة سنوات فأكثر بعد مرور سنه من تاريخ حبسه في أن تطلب فسخ عقدها ما ذلك إلا انه يكون أمام عينها وفي موضع تقديرها أن زوجها لن يعود إليها قبل مضي ثلاث سنوات وأعطاها هذا الحق بعد مضى سنه حتى يتحقق الانسجام بين المواد المتعلقة بالغيبة(١١٩-١٢١)والمادة(٢٤٥)والمادة المتعلقة بالحبس وهي المادة(١٢٥)وبهذا فانه لا يمكن ان تنطوي حالة اعتقال الزوج بأمر من السلطات الإدارية تحت أحكام الغيبة او الحبس المنصوص في المواد المذكورة إضافة إلى كون القياس عليها اجتهاد في محل النص والقواعد الأصولية المقررة انه لاجتهاد في مورد النص[١].

نوع الفرقة الحاصلة بسبب حبس الزوج

اعتبر القانون الفرقة فسخا وهو رأي الحنابلة القائلون باعتبار التفريق للغيبة فسخا.

سقوط حق الخيار بطلب الفسخ لحبس الزوج:

أولا: يسقط خيار الزوجة بطلب الفسخ لحبس الزوج إذا كان الحكم الذي حكم الزوج لم يقع قطعيا أي نهائيا ولا يعتبر نهائيا إلا إذا صدق الحكم تمييزا فإذا كان الحكم غير نهائي لعدم تصديقه من محكمة التمييز فانه يسقط حق الخيار للزوجة بطلب الفسخ لحبس الزوج[٢].

ثانيا: يسقط حق الخيار للزوجة بفسخ العقد لحبس الزوج، إذا كان الزوج محكوما بعقوبة غير مقيدة للحرية، فإذا كان الزوج موقفا لعقوبة غير مقيدة للحرية، فإن حقها لهذا السبب يسقط وهذا واضح من مفهوم المخالفة، للمادة(١٢٥) (لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي

---

(1) الرأي المتعلق بمسالة قياس (المعتقل) على (المحبوس) او (الغائب)هو رأي الدكتور القاضي احمد عبد الهادي أعمر في المسالة.

(2) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٦٦ القرار رقم ٩٤٤٢ احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٣٢٤ القرار رقم ١١٥٤٧ تاريخ ١٠/٧/ ١٩٦١م

بعقوبة مقيدة للحرية) فلابد أن تدعي الزوجة أن الزوج محكوم عليه نهائيـا بعقوبـة مقيـدة للحرية[1].

ثالثا: يسقط خيار الزوجة إذا كان الزوج محكوما بعقوبة تقل عن ثلاث سنوات، كما جاء في نـص المادة (١٢٥) (لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاثـة سنوات فأكثر، أن تطلب من القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريتـه فـسخ عقد زواجها)

رابعا: يسقط خيار الزوجة بطلب الفسخ إذا لم تمض مدة سنة على حبس الزوج، وصيرورة الحكـم نهائيا بحقه وهذا نص المادة(١٢٥)[2]

خامسا: يسقط حق الخيار بفسخ عقد الزواج لحبس الزوج إذا أفرج عن الزوج قبل صدور الحكـم النهائي بفسخ عقد الزواج لحبس الزوج كما جاء في نص المادة(١٢٥) " فإذا أفـرج عنـه قبل صدور حكم الفسخ يرد الطلب"

سادسا: صدور حكم العفو العام أو تخفيض العقوبة إلى أقل من ثلاثـة سـنوات وقبـل أن ترفـع الزوجة طلب فسخ عقد الزواج لحبس الزوج فان حقها بطلب الفـسخ يـسقط فـي هـذه الحالة[3].

التطبيق العملي لحق خيار الزوجة للفسخ لحبس الزوج.

لدى محكمة.................. الشرعية / القضايا

المدعية:................. وكيلها المحامي...............

المدعى عليه:............. وعنوانه للتبليغ...................

موضوع الدعوى: الفسخ للحبس الزوج.

١- أن المدعى عليه هو زوجي الداخل بي صحيح العقد الشرعي

٢- حكم على المدعى عليه حكما نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات أو أكثر من ثلاث سنوات بموجب اعلام الحكم رقم...... تاريخ...... الصادر عن...... والمكتسب الدرجة القطعية.

٣- مضى على سجنه سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته.

---

(1) عبد الفتاح عمرو، **لقرارات القضائية**، ص٩٧ القرار رقم ١٤٧٠٠.

(2) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص ٦٧ القرار رقم ١٧٧٥٥

(3) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص ٦٧ القرار رقم ٢٧٣٢٣ احمد داود، **القرارات الاسـتئنافية**، ج١، ص٣٢٥ القرار رقم ٢٧٢٢٣ تاريخ ٤/٢/ ١٩٨٧م.

الطلب:

المدعية تلتمس من محكمتكم تبليغ المدعى عليه لائحة هذه الدعوى، وتعيين موعد للجلسة وغب الثبوت والمحاكمة الحكم بفسخ عقد الزواج لحبسه عملا بالمادة(١٢٥)من قانون الأحوال الشخصية، وتضمينه كافة الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

واقلبوا فائق الاحترام.

إجراءات الدعوى:

١- تبليغ المدعى عليه عملا بالمادة(٢٧) من قانون أصول المحاكمات الشرعية ويجب على السلطة المختصة أن تحضر السجين إذا رغب في الدفاع عن نفسه وإذا لم يرغب في الحضور فعلى السلطة المختصة أن تشعر المحكمة بذلك. [١]

٢- إما أن يحضر المدعى عليه ويقر بما جاء في الدعوى وتحكم المحكمة بالفسخ وإما أن يحضر وينكر أو يتغيب ويبدي عدم رغبته في الحضور فتكلف المدعية إثبات دعواها بإبراز (قرار الحكم القطعي بحبسه المدة المذكورة ومشروحات من الجهات المختصة بالمدة التي امضاها في سجنه) ووثيقة عقد الزواج في حال الغياب أو الإنكار.

٣- إذا ثبت للمحكمة مضمون الدعوى بالبينة أو الإقرار تصدر المحكمة حكمها القرار والذي يؤكد فيه على اختيار الزوجة بطلب التفريق للحبس بناء على الدعوى والطلب والتصادق والإقرار(حال حضوره ومصادق) والبينة المقنعة (حال حضوره وانكاره او تغيبه) وعملا بالمواد ٧٩ من المجلة إذا حضر واقر و١٨١٨ إذا حضر وأنكر أو إذا غاب والمادة(١٢٥)من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بالتفريق بين المدعية المذكورة من زوجها المدعى عليه المذكور بفسخ عقد الزواج لحبسه مدة ثلاث سنوات بعقوبة مقيدة للحرية ومضي أكثر من سنة على حبسه وان عليها العدة الشرعية إذا كان مدخولا بها اعتبار من تاريخ الحكم او(انه لا عدة عليها ان لم تكن مدخولا بها)، حكما وجاهيا قابلا للاستئناف أو غيابيا قابلا للاعتراض والاستئناف تابعا له وموقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية أفهم للمدعية أو للطرفين علنا في تحريرا في........،)

(1) وذلك لان السجن قد حجزت حريته و امره ليس بيده وبالتالي تلزم السلطات المختصة باحضاره ان رغب بذلك والا فعليه ان يصرح بعدم رغبته بحضور المحاكمة على رغم من تبليغه

٤- ثم يصار في التبليغ حسب الأصول وترفع القضية إلى محكمة الاستئناف الشرعية بعد التبليغ أو الحكم الوجاهي بشهر للتدقيق عملا بالمادة ١٣٨ من قانون أصول المحاكمات الشرعية. وبتصديق الحكم من محكمة الاستئناف الشرعية يتأكد ما اختارته الزوجة من طريق بالتفريق بينها وبين زوجها، وتنتهي الحياة الزوجية بذلك بحكم من القاضي رافع للضرر الواقع على الزوجة، الناتج عن حبس زوجها.

المبحث السابع

خيار التفريق لإعسار الزوج

المطلب الأول: مفهوم الإعسار لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف الإعسار لغة:

الإعسار: مصدر أعسر؛ إذا افتقر[١]. والعسر من: الضيق، والشدة، والصعوبة، وهو أصل المعنى، وضد اليسر، وهو المعسور[٢]. والعسرة: الأمور التي تعسر ضد الميسرة، والعسرة قلة ذات اليد[٣] وعسر الغريم يعسره، ويعسره عسرا، وأعسره: طلب منه الدين على عسرة، واخذه على عسرة، ولم يرفق به إلى ميسرته. [٤]

الفرع الثاني: الإعسار اصطلاحا:

هو الذي لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب، ويلزمه في كل يوم مدّ. [٥] وعلى ذلك فقد سماه بعض الفقهاء (بخيار الإعسار) في الصداق والنفقة، [٦] وسماه البعض الأخر بـــ (خيار الفسخ للإعسار)[٧].

الفرع الثالث: تعريف حق الخيار للزوجة لإعسار الزوج:

(هو حق الزوجة في الخيار حال إعسار زوجها بالنفقة أو المهر المعجل بين أن تطلب فسخ عقد زواجها، باللجوء إلى القضاء، أو الاستمرار في الحياة الزوجية، والصبر على زوجها، دون الطلب من القاضي في فسخ عقد الزواج).

المطلب الثاني: خيار الإعسار بالنفقة

الفرع الأول التعريف النفقة لغة واصطلاحا:

أولا: تعريف النفقة لغة: ما أنفق، والجمع نفاق، والنفاق بالكسر: جمع النفقة من الدرهم، ونفق الزاد ينفق نفقا: أي نفد، وقد أنفقت الدراهم من النفقة، ورجل منفاق: أي كثير النفقة، والنفقة ما أنفقت، واستنفقت على العيال وعلى نفسك[٨].

---

(1) ألمطرزيّ، **المغرب في ترتيب المعرب**، ج٢، العين مع السين، مادة (عسر)ص٦١.

(2) احمد رضا، **معجم متن اللغة**، ج٤، مادة (عسر)، ص١٠١، ابن منظور، **لسان العرب**، ج٤، مادة (عسر)، ص٥٦٣.

(3) احمد رضا، **معجم متن اللغة**، ج٤، ص١٠١، ابن منظور، **لسان العرب**، ج٤، ص٥٦٤.

(4) ابن منظور، **لسان العرب**، ج٤، ص٥٦٤، الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، مادة (عسر)، ص٤٣٩.

(5) الشيرازيّ، **المهذب**، ج٤، ص٦٠٦.

(6) ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص٥١، ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص٣٦١.

(7) الماورديّ، **الحاوي**، ج١١، ص٤٥٤، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٢.

(8) ابن منظور، **لسان العرب**، ج١٠، مادة (نفق)ص٣٥٨، احمد رضا، **معجم متن اللغة**، ج٥، مادة (نفق)، ص٥٢٠.

ثانيا: تعريف النفقة اصطلاحا:

عرف الفقهاء النفقة تعريفات عديدة، منها:

أولا: الحنفية: الإدرار على الشيء بما به بقاؤه[1].

ثانيا:المالكية: مآبه قوام معتاد حال الأدمى دون سرف. [2].

ثالثا: الشافعية: جمع نفقة من الإنفاق وهو الإخراج ولا يستعمل إلا في الخير. [3]

رابعا: الحنابلة: هي كفاية من يمونه خبزا أو أدما وكسوة ومسكنا وتوابعها. [4]

المطلب الثالث: حق الخيار للزوجة في فسخ العقد لإعسار الزوج بالنفقة.

واختلف الفقهاء في ثبوت للزوجة حق الخيار بفسخ العقد ؛ لإعسار زوجها في الإنفاق عليها على قولين:

القول الأول: منع أصحاب هذا الرأي إعطاء الزوجة حق الخيار، وأوجب على الزوجة أن تبقى على عصمة زوجها، وأنه لا يحق لها فسخ عقد الزواج، و يرفع يد زوجها عنها لتكتسب أو تستدين عليه: وهو قول الحنفية[5]، وقول عند الشافعية[6]، ورواية عند الحنابلة[7].

الأدلة هذا القول:

أولا: من الكتاب: قوله تعالى: ((وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ))[8].

وجه الدلالة: أنه يجب على أصحاب الحق انظار المعسر، والصبر عليه، وهذه الآية تدل بعمومها على وجوب الانتظار، وعلى ذلك فليس لزوجه الخيار في فسخ عقد زواجها، ويجب عليها الانتظار، والصبر على الزوج. [9]

---

(1) العيني، **البناية**، ج٥، ص٤٨٩.

(2) الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٤، ص١٨٣.

(3) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٢٥.

(4) أبو النجا الحجاوي، **الإقناع**، ج٤، ص٤٥.

(5) محمد بن الحسن الشيباني، **الحجة على أهل المدنية**، ج٣، ص٤٥١، الميداني، **اللباب في شرح الكتاب**، ج٣، ص٩٦، السر خسي، **المبسوط**، ج٥، ص١٩١، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٦٠٣، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص١٦٣، العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج٥، ص٥٠٥.

(6) النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٤٨٠، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ٤٤٢، العمراني، **البيان** ج١١، ص٢٢١.

(7) ابن تيمية، **المحرر**، ج٢، ص٣١٢، المرداوي، **الإنصاف**، ج٢، ص١٦٣٥، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥١٥.

(8) **سورة البقرة آية ٢٨٠.**

(9) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص١٩١، الما وردي، **الحاوي**، ج١١، ص، ٤٥٤، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥١٩.

مناقشة ذلك:

أنه عائد إلى ما استقر ثبوته في الذمة، وهي لا تستحق الفسخ بما استقر ثبوته في الذمة من ماضي نفقتها وإنما تستحقه بنفقة الوقت الذي لم يستقر في الذمة، فلم تتوجه إليها الآية[1] وعلى ذلك فإن كان الانتظار والصبر على الزوج فيما معناه من النفقة السابقة تتوجه إليه الآية فإن النفقة الحاضرة إذا أعسر الزوج بها فإن ذلك يعطي الزوجة حق الخيار بين أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطلب الفسخ، أو أن تصبر على الزوج.

ثانيا: من السنة:

أولا: عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: دخل أبو بكررضي الله عنه يستأذن على رسول اللهﷺ، فوجد الناس جلوسا ببابه، لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر، فدخل، ثم أقبل عمر فأستأذن فأذن له، فوجد النبيﷺ جالسا حوله نساؤه واجما ساكتا، قال: فقال: لأ قولن شيئا أضحك النبيﷺ فقال: يا رسول لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها، فضحك رسول اللهﷺ، وقال: " هن حولي كما ترى يسألنني النفقة: "فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول اللهﷺ ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول اللهﷺ شيئا أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن شهرا أو تسعا وعشرين...[2]

وجه الدلالة: أنه لا حق للمرأة في طلب فسخ عقد الزواج في إعسار الزوج بالنفقة؛ لأنه لا حق لها في مطالبته بذلك، فإذا كان طلبها للنفقة باطلا فكيف تمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم ما ليس لها طلبه، ولا يحل لها، فإقرار النبيﷺ لأبي بكر وعمر الضرب إذا سألت ابنتيهما نفقة لا يجدها بحضرته، فمن المحال أن يضرب طالبتين للحق[3].

مناقشة ذلك[4]

أولا: بأن زجرهما عن المطالبة بما ليس عند رسول اللهﷺ لا يدل على عدم جواز الفسخ، لأجل الإعسار، ولم يرو أنهن طلبنه ولم يجبن إليه، كيف وقد خيرهماﷺ بعد ذلك فاخترنه، وليس محل النزاع جواز المطالبة للمعسر بما ليس عنده وعندهما، بل محله هل يجوز الفسخ عند التعذر أم لا؟

---

(1) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص ٤٥٦.

(2) مسلم، **صحيح مسلم**: كتاب الطلاق، باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، ج٢، ص١١٠٤-١١٠٥، رقم الحديث ١٤٧٨.

(3) ابن حزم، **المحلى**، ج١٠، ص٩٧، ابن قيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥١٩، الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٨، ص٣٩٢.

(4) الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٨، ص٣٩٢-٣٩٣.

ثانيا: بأن أزواج النبيﷺ لم يعدمن النفقة بالكلية؛ لأن النبيﷺ قد استعاذ من الفقر المدقع، ولعل ذلك إنما كان فيما زاد على قوام البدن مما يعتاد الناس النزاع في مثله.

ثالثا من المعقول: [١]

١- أنه لم يزل في الصحابة المعسر والموسر، وكان معسروهم أضعاف موسريهم، فما مكن النبيﷺ قط امرأة واحدة من الفسخ بإعسار زوجها، ولا أعلمها أن الفسخ حق لها، فإن شاءت صبرت، وإن شاءت فسخت، وهو يشرع الأحكام عن الله تعالى بأمره، فهب أن الأزواج تركن حقهن أفما كان فيهما امرأة واحدة تطالب بحقها وهؤلاء نساؤهﷺ خير نساء العالمين يطالبنه بالنفقة حتى أغضبنه، وحلف ألا يدخل عليهن شهرا من شدة ما وجده منهن، فلو كان من المستقر في شرعه أن المرأة تملك الفسخ بإعسار زوجها لرفع إليه ذلك، ولو من امرأة واحدة.

مناقشة ذلك بما يلي:

أ) أنه لم يعلم أن امرأة طلبت الفسخ أو الطلاق لإعسار الزوج بالنفقة، ومنعها عن ذلك، حتى تكون حجة، بل كانت نساء الصحابة كرجالهن يصبرن على ضنك العيش وعسره، كما قال مالك: إن نساء الصحابة كن يردن الآخرة وما عند الله تعالى، ولم يكن مرادهن الدنيا، فلم يكن يبالين بعسر أزواجهن وأما نساء اليوم فإنما يتزوجن رجاء الدنيا من الأزواج، والنفقة، والكسوة. [٢]

وعليه فإن حق الخيار للزوجة بالفسخ لإعسار زوجها عن الإنفاق لا يثبت إلا بعد أن ترفع أمرها إلى القاضي، وإثبات إعسار الزوج، وعليه فإنه حق للزوجة بعد الصبر على زوجها وتضررها من إعساره.

ب) إنهﷺ لم يعلم بكل ما يصح شرعا بطريق التنصيص عليه قطعا، وإلا لبطل الاجتهاد والاستنباط. [٣]

ثانيا[٤] استصحاب الحال وذلك أن العلة تثبت بالإجماع فلا تنحل إلا بالإجماع أو بدليل من كتاب أو سنة لا بالقياس".

---

(1) ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥١٩.

(2) الصنعانيّ، **سبل السلام**، ج٣، ص١٥٥٦.

(3) الصنعانيّ، **مجموعة رسائل الفقهية**، ص٢٢٧.

(4) أحمد إدريس الصنهاجيّ القرافي، **الفروق وهوامشه**، تحقيق:خليل المنصور، ج٣ الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م، ص٢٧٠.

مناقشة ذلك: إنا لم نقل بحل العصمة الثابتة بالإجماع عن المعسر بالإنفاق إلا بدليل،[1] وهو قوله تعالى:(فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ). [2]

وعلى ذلك فإن حق الخيار للزوجة ثابت بدليل من الشرع بالنص من أن عدم الإنفاق والإعسار على الزوجة ليس من قبيل الإمساك بالمعروف، فيكون فسخ عقد الزواج ودفع الضرر عن الزوجة هو من قبيل التسريح بإحسان.

ثالثا: عدم قدرة الزوج على جماع زوجته لمرض متطاول يعيبها، وأعسرها بالجماع لهذا المرض لا يودي إلى تمكين الزوج من فسخ النكاح، بسبب إعسار الزوجة بالجماع والاستمتاع، بل يوجب النفقة الكامله للزوجة مع إعسار زوجته بالوطء، فكيف يمكنونها من الفسخ بإعساره عن النفقة التي غايتها أن تكون عوضا عن الاستمتاع. [3]

مناقشة ذلك: بأن الزوج يملك الطلاق والزواج من زوجة أخرى لرفع الضرر عنه لفقده الاستمتاع بالجماع أما إعسار الزوجة عن النفقة فإنه لا يمكن رفع الضرر عنها إلا بإعطائها حق الخيار في فسخ عقد الزواج.

رابعا: القياس على النفقة في الزمان الماضي فكما أنه لا يفسخ بسبب الإعسار عن النفقة في الزمن الماضي فلا يفسخ العقد بالإعسار عن النفقة الحاضرة. [4]

مناقشة ذلك: إنا لم نلزمه النفقة مع العسرة، وهو نظير الإلزام بالدين، وإنما أمرنا برفع الضرر الذي يقدر عليه، وهو إطلاقها لمن ينفق عليها[5]، والفسخ إنما هو بحال وقتها دون ما مضى وما يستقبل[6].

القول الثاني: أعطوا للزوجة حق الخيار في فسخ عقد الزواج أو الصبر على إعسار الزوج هذا قول متأخري الحنفية[7]، والمالكية[8]، والشافعية في الراجح من المذهب[9]، والحنابلة[10].

---

(1) القرافي، **المرجع السابق، ص٢٦٩.**
(2) سورة البقرة آية ٢٢٩.
(3) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٢، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥٢٠.
(4) القرافي، **الفروق وهوامشه**، ج٣، ص٢٦٩.
(5) **المرجع السابق**، ج٣، ص٢٦٩.
(6) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٥٧.
(7) ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٥، ص٣٠٦-٣٠٧.
(8) ابن عبد البر، **الكافي**، ج٢، ص٢٥٥، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٢٣، ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢ ص٥٢، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٤، ص١٩٦-١٩٧.
(9) النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٤٨٠، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٢، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٦١٤ الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج١١، ص٤٥٤، العمراني، **البيان**، ج١١، ص٢٢٣.
(10) ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص٣٦١، ابن تيمية، **المحرر**، ج٢، ص٣١٢، المرداوي، **الإنصاف**، ج٢ ص١٦٣٥، الرحيباني، **مطالب أولي النهي**، ج٥، ص٦٣٧.

أدلة هذا القول:

أولا: من الكتاب ((قوله تعالى الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ))[١].

وجه الدلالة: أن الله تعالى قد خير الأزواج بين الإمساك بالمعروف، أو التسريح بالإحسان، ومن الإمساك بالمعروف أن يعطي زوجته حقها من النفقة، ومن هنا لم يكن إمساك المرأة وعدم الإنفاق عليها من الإمساك بالمعروف، ويكون عليه في هذه الحالة التسريح بإحسان، فإن لم يسرحها كان لها حق الخيار بين أن تطلب التفريق بسبب الإعسار، وعدم الإنفاق لرفع الضرر عنها، أو أن تصبر على ذلك. [٢]

مناقشة ذلك: [٣]

١- إن الإمساك بالمعروف في حق العاجز عن النفقة على أنه إن كان عاجزا عن الإمساك بالمعروف فإنما يجب عليه التسريح بالإحسان إذا كان قادرا، ولا قدرة له على ذلك؛ لأن ذلك بالتطليق مع إيفاء حقها في نفقة العدة، وهو عاجز عن نفقة العدة.

٢- أن لفظ التسريح محتمل، يحتمل أن يكون المراد منه التفريق بإبطال النكاح، ويحتمل أن يكون المراد منه التفريق و التبعيد من حيث المكان، وهو تخلية السبيل وإزالة اليد؛ إذ حقيقة التسريح هي التخليه، وذلك قد يكون بإزالة اليد والحبس، وعندنا لا يبقي له ولاية الحبس، فلا يكون حجة مع الاحتمال.

ب: قوله تعالى:((وَإِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ))[٤].

وجه الدلالة:

أن إمساك الزوج زوجته بغير إنفاق ضرر عليها، ولا يمكن رفع هذا الضرر إلا بإعطاء الزوجة حق الخيار لطلب التفريق بينها وبين زوجها لرفع هذا الضرر. [٥]

---

(1) سورة البقرة آية ٢٢٩.

(2) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٢، العمراني، **البيان**، ج١١، ص٢٢١، الماوردي، **الحاوي** ج١١ ص٤٥٥، ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٦١.

(3) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٦٠٤.

(4) سورة البقرة آية ٢٣١.

(5) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٢٤، الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٥٥.

مناقشة ذلك: قال ابن عباس رضي الله عنهما ومجاهد ومسروق والحسن وقتادة والضحاك والربيع، ومقاتل بن حيان وغير واحد: كان الرجل يطلق المرأة، فإذا قاربت انقضاء العدة أرجعها إضرارا بها؛ لئلا تذهب إلى غيره ثم يطلقها فتعتد، فإذا شارفت على انقضاء العدة طلق؛ لتطول عليها العدة، فنهاهم الله عن ذلك فقال جل شأنه: (وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ)(١) أي بمخالفة أمر الله تعالى(٢).

الرد على ذلك:

الآية وإن كان سببها خاصا فالاعتبار بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. (٣)

ثانيا:من السنة: حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول اللهﷺ:(أفضل الصدقة ما تركت غني، واليد العليا خير من اليد السفلى، وأبدأ بمن تعول)، تقول المرأة: أما أن تطعمني وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن: أطعمني إلى من تدعني فقالوا يا أبا هريرة: سمعت هذا من رسول اللهﷺ قال: لا هذا من كيس أبي هريرة (٤)

وجه الاستدلال: قوله "إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني" استدل به على أن الزوجة إذا أعسر زوجها بنفقتها طلبت الفراق. (٥)

مناقشة ذلك:

١- أن قوله ((تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني)) ليس من قولهﷺ، بل من قول أبي هريرة رضي الله عنه؛ لما جاء في فتح الباري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال النبيﷺ: ((أفضل الصدقة ما تركت غني واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني أو تطلقني، يقول العبد: أطعمني واستعملني إلى من تدعني)) فقالوا: يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ فقال: لا هذا من كيس أبي هريرة(٦) فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة(٧).

---

(1) سوره البقرة اية رقم ٢٣١

(2) إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، **تفسير القرآن العظيم**، تحقيق: سامي بن محمد سلامة الطبعة الثانية ج١، دار طيبة، ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م، ص٦٢٩

(3) الشوكاني، **نيل الأوطار**، ج٨، ص٣٩٢.

(4) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ج ٥، ص٢٠٨٤، رقم ٥٠٤٠، البيهقي، **السنن الكبرى**، كتاب النفقات باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، ج٧، ص٧٧٥ رقم ١٥٧١١.

(5) الصنعانيّ، **سبل السلام**، ج٣، ص١٥٥٤، احمد بن حجر العسقلاني، **فتح الباري**، ج٩، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله ابن باز، رقم كتبه وأبوابه أحاديثه محمد فواد عبد الباقي، اشرف على الطبعة محب الدين الخطيب دار المعرفة، بيروت لبنان، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ص٥٠١

(6) ابن حجر، **فتح الباري**، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، ج٩، ص٥٠٠، رقم (٥٣٥٥)، ابن حزم، **المحلى**، ج١٠، ص٩٤.العيني، **البناية**، ج٥، ص٥٠٨، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥٢٠

(7) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٤، ص٣٥٢.

الرد على ذلك: وقوله "من كيس "هو بكسر الكاف للأكثر أي من حامله، إشارة إلى أنه من استنباطه مما فهمه من الحديث المرفوع مع الواقع، ووقع في رواية الأصلية بفتح الكاف أي من فطنته[1]. أما قوله "من كيسي" جواب المتهكم بهم، لا مخبرا أنه لم يكن عن رسول اللهﷺ، وكيف يصح حمل قوله من كيس أبي هريرة على أنه أراد به الحقيقة، وقد قال رسول اللهﷺ فينسب استنباطه إلى قوله على رسول اللهﷺ وهل هذا الا كذب منه على رسول الله ﷺ وحاشا أبي هريرة من ذلك[2]، فهو من رواة حديث (من كذب علي متعمدا فليتبوأ مقعده من النار)[3].

٢- هذا قول امرأة وليس فيه أن الرجل يلزم به.[4]

٣- هذا كلام عام منه، لا يخص المعسر، ولا الموسر، ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق، بل يجبر على أحد الأمرين عينا وهو الإنفاق. [5]

٤- لو سلم أنه من كلام النبيﷺ على ما رواه الدار قطنيّ كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغي، مما يدفع به ضرر الدنيا، مثل: (وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ).[6] يعني: ينبغي أن يبدأ بنفقة العيال، وإلا قالوا لك مثل ذلك، وشوشوا عليك إذا استهلكت النفقة لغيرهم. [7]

ثالثا: فعل ألصحابه

أولا: عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمروهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا[8].

---

(1) ابن حجر، **فتح الباري**، ج٩، ص٥٠١، الصنعانيّ، **سبل السلام**، ج٣، ص١٥٥٣.

(2) الصنعانيّ، **سبل السلام**، ج٣، ص١٥٥٣.

(3) البخاري، **صحيح بخاري**، كتاب العلم، باب إثم من كذب على النبي صلى الله عليه وسلم، ج١، ص ٥٢، رقم الحديث ١١٠، مسلم، **صحيح مسلم**، في المقدمة، باب تغليظ الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم، ص١٠، رقم الحديث٣

(4) العيني، **البناية**، ج٥، ص٥٠٨، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٤، ص٣٥٢.

(5) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٤، ص٣٥٢.

(6) سورة البقرة اية رقم ٢٨٢

(7) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٤، ص٣٥٢.

(8) محمد بن إدريس الشافعي، **مسند الشافعي**، ترتيب الأمير أبي سعيد سنجر بن عبد الله بن الناصري الجاولي، تحقيق ماهر ياسين الفحل، الطبعة الأولى، شركه غراس، الكويت – الجهراء، ج٣، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٤م، ص٨٢، عبد الرزاق، **المصنف**، كتاب الطلاق، باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها، ج٧ ص٩٣-٩٤ رقم(١٢٣٤٦-١٢٣٤٧)، ابن أبي شيبة، **المصنف**، كتاب الطلاق، باب من قال على الغائب نفقة فإن بعث وإلا طلق، ج٤، ص١٦٩، رقم ١٩٠٢٠، البيهقي، **السنن الكبرى**: كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ج٧، ص٧٧٢-، ٧٧٣، رقم(١٥٧٠٦)، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، تحقيق سمير بن أمين الزهري، الطبعة السابعة، ج٢، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م، كتاب الطلاق، ص٣٤٩(قال أخرجه الشافعي ثم البيهقي بإسناد حسن)، الصنعانيّ، **سبل السلام**، ج٣، ص١٥٥٨، قال الصنعانيّ، حسن الإسناد، وصححه ابن القيم في، **زاد المعاد**، ج٥ ص، ٥٠٨، وصححه الألباني، في **أرواء الغليل**، ج٧، ص٢٢٨-٢٣٠.

وجه الدلالة: إن عمر رضي الله عنه قضى به، ولم يخالفه أحد من الصحابة[١]، فكان إجماعا على ما قضى به عمر رضي الله عنه على الأزواج الغائبين عن زوجاتهم عند طلب الزوجة النفقة من الزوج بالإنفاق، فإذا لم يتم الاستجابة إلى طلب الزوجات بالإنفاق فإن القاضي يفرق بينهما بناء على طلب الزوجة.

مناقشة ذلك:

أنه صح عن عمر رضي الله عنه إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج[٢].

والرد على ذلك:

١- أن النفقة لا تسقط بالمطل في حق الزوجة، وأنه يجب أحد الأمرين على الأزواج الإنفاق أو الطلاق[٣].

٢- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يخاطب بذلك إلا الأغنياء القادرون على النفقة وليس في خبر عمر ذكر حكم المعسر[٤].

٣- أنهم ما كانوا عاجزين عن المهر والنفقة، ذلك أن نفقة عيال من هو من الجند من مال بيت المال والإمام هو الذي يوصل ذلك إليهم ولكنه خاف عليهن الفتنة لطول غيبة أزواجهن، فأمرهم أن يبعثوا إليهن ما تطيب به قلوبهن. [٥]

ثانيا: عن أبي الزناد سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال يفرق بينهما، قال أبو الزناد: قلت: سنة، فقال سعيد سنة. [٦]

وجه الدلالة: قال الشافعي: والذي يشبه قول سعيد سنة أن تكون سنة رسول الله ﷺ.[٧] ومراسيل سعيد محمول بها لما عرف من أنه لا يرسل إلا عن ثقة.[٨]

---

(1) الرملي المنوفي، **نهاية المحتاج**، ج٧، ص٢١٢.
(2) ابن حزم، **المحلى**، ج١٠، ص٩٤.
(3) الصنعانيّ، **سبل الإسلام**، ج٣، ص١٥٥٨.
(4) ابن حزم، **المحلى**، ج١٠، ص٩٤.
(5) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص١٩١.
(6) **مسند الإمام الشافعي**، باب النفقات، ج٣، ص٨١-٨٢ (رقم ١٢١٢).، عبد الرزاق **المصنف**، كتاب الطلاق، باب لرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، ج ٧، ص٩٦، رقم ١٢٣٥٧، ابن أبي شيبة، **المصنف**، كتاب الطلاق، باب ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته يجبر على أن يطلق امرأته أم لا واختلافهم في ذلك ج٤، ص ١٦٩، رقم(١٩٠١٣) البيهقي، **السنن الكبرى**، كتاب النفقات، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، ج٧ ص٧٧٣، رقم ١٥٧٠٧، ابن حجر، **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، ج٢، كتاب الطلاق، باب النفقات، ص٣٤٨-٣٤٩ رقم ١١٥٨، قال: ابن حجر((هذا مرسل قوي))، الصنعانيّ، **سبل السلام**، ج٣، ص١٥٥٤ (رقم ١٠٧٥).
(7) الشافعي، **مسند الشافعي**، ج٣، ص٨٢، البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٧، ص٧٧٣.
(8) الصنعانيّ، **سيل السلام**، ج٣، ص١٥٥٤.

مناقشة ذلك:

أولا: أن قول سعيد بن المسيب إنه (سنة) لا نسلم أنه سنة الرسولﷺ؛ لأن السنة كما تطلق على سنة الرسولﷺ تطلق على سنة غيره أيضا، ألا ترى قوله عليه السلام سنه بكم معاذ سنة حسنة وسنة العمريين فأشتبه بين العلماء[١].

الرد على ذلك: كيف يقوله السائل سنة ويريد سؤاله عن سنة عمر رضي الله عنه، هذا مما لا ينبغي حمل الكلام عليه، وهل سأل السائل إلا عن سنة رسول اللهﷺ، وإنما قال جماعة: أنه إذا قال الراوي من السنة كذا، فإنه يحتمل أن يريد سنة الخلفاء، وأما بعد سؤال الراوي فلا يريد السائل إلا سنة رسول اللهﷺ، ولا يجب المجيب إلا عنها لاعن سنة غيره، لأنه إنما سأل عما هو حجة وهو سنةﷺ. [٢]

ثانيا: أنه مرسل والمرسل لا حجة فيه [٣]

مناقشة ذلك: أن أئمة العلم يختارون العمل بها أي مرسل سعيد[٤]. ومراسيل سعيد معمول بها لما عرف من أنه لا يرسل إلا عن ثقة.[٥] قال الحافظ بن معين: إن مراسيل سعيد بن المسيب أصح المراسيل؛ لأنه من أولاد الصحابة، وأدرك العشرة، وفقيه أهل الحجاز، ومفتيهم، وقال الشافعي: أنه لا يرسل ابن المسيب حديثا إلا يوجد مسندا، ولأنه لا يروي إلا ما سمعه عن جماعة، أو عن أكابر الصحابة أو عنده قولهم ومراسيله مأخوذة عن أبي هريرة؛ لما بينهما من الوصلة والصهاره فصار إرساله كإسناده عنه. [٦]

سادسا: من القياس:

قياس (الإعسار بالنفقة)على (العجز عن الاستمتاع)، فإذا نشزت فلا نفقة لها؛ لمنعها استمتاع الزوج، كذلك إذا لم تأخذ نفقتها من الزوج فلها مفارقته ولأنها لما كان مفارقته في الايلاء والعنة، وضررهما أيسر من ضرر النفقة فكان في عدم النفقة أولى[٧].

---

(1) العيني، **البناية**، ج٥، ص٥٠٨، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٤، ص٣٥٢، ابن حزم، **المحلى** ج١٠، ص٩٥.
(2) الصنعانيّ، **سبل السلام**، ج٣، ص١٥٥٤ –١٥٥٥.
(3) ابن حزم، **المحلى**، ج١٠، ص٩٥، العيني، **البناية**، ج٥، ص ٥٠٨
(4) الصنعانيّ، **سبل السلام**، ج٣، ص١٥٥٦–١٥٥٧.
(5) المرجع السابق، ج٣، ص١٥٥٤.
(6) الصنعانيّ، **مجموع رسائل الفقهية**، ص٢٣٤.
(7) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٣٤، الما وردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٥٥–٤٥٦، الشر بيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٢، ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٦٢.

مناقشة ذلك[1]:

بأن هذا القياس مع الفارق، وذلك لأن (العجز عن النفقة) يكون عن المال وهو تابع في بـــاب النكاح، و أما (العجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة) فيكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرق بالعجز عن المقصود جواز حله عن التابع".

الرأي الراجح:

ويرى الباحث ترجيح القول القائل بإعطاء الزوجة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها لإعساره بالنفقة إذا تضررت من إعساره وهي محبوسة لحقه، وهذا بعــد أن تثبــت إعــسار الزوج بعدم وجود أموال له يمكن استيفاء النفقة منها، وبعد أن يمهله القاضي فترة من الـــزمن لإثبات يساره وقدرته على الإنفاق؛ لأن نفقة الزوجة واجبة على الزوج، فإذا عدم هذا الواجب كان من الواجب إعطاء الزوجة الخيار في التفريق وترك الزوجة للزواج مـــن زوج آخـــر يستطيع الإنفاق عليها ورفع الضرر عنها.

المطلب الرابع: شروط ثبوت الخيار بسبب الإعسار بالنفقة

لكي يستحق الخيار للزوجة بالفسخ لإعسار الزوج بالنفقة لا بد من توافر شروط لكـــي يحق للزوجة الفسخ:

أولا: تحقق إعسار الزوج، أو غلبة الظن بإعساره، وذلك بإقامة البينة علـــى ذلـــك، ولا يستحق الفسخ إلا بعد ان تثبت ذلك عند القاضي بعد الرفع أو عند الحكـــم بإعـــساره، وذلـــك بإقرار الزوج أو ثبوته بالبينة المعتبرة شرعا" [2]

ثانيا: يثبت للزوجة حق الخيار بفسخ عقد الزواج بإعسار الزوج عن النفقة الحاضـــرة؛ لأن الضرر يتحقق بذلك، أما النفقة الماضية فإنها تصبح دينا عليه. [3]

ثالثا: لا يثبت لها حق الخيار بالفسخ إذا كانت عالمة عند العقد بفقره.

وهذا عند المالكية، [4] وبعض الحنابلة[5].

---

(1) **العيني، البناية**، ج٥، ص٥٠٧.

(2) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٢، ص٥١٩، الشربينيّ، **مغنـــي المحتـــاج**، ج٣، ص، ٤٤٤ العمراني، **البيان**، ج١١، ص٢٢٤، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الـــشافعي **كفاية الأخيار**، تحقيق:كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيـــروت لبنـــان، ١٤٢٢هـــــ٢٠٠١م، ص٥٨٤

(3) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٥١٨، الخرشـــي، **شـــرح الخرشـــي**، ج٤، ص١٩٦، المـــاوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٥٦، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٣، ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٦٣.

(4) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٥١٨-٥١٩، الحطاب الريعني، **مواهب الجليل**، ج٥، ص٥٦٤.

(5) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٦٦، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥١٤.

إلا أن المالكية استثنوا حالتين يكون فيها حق الخيار بالفسخ إن كانت عالمة بفقره عند العقد وهما:

١- إن كان مشهورا بالعطاء وانقطع.

٢- إذا علمت عند العقد أنه من السؤال (أي الطائفين بالأبواب) فليس لها الفسخ، إلا إذا تركه (أي السؤال) فلها الفسخ[١].

المطلب الخامس: وقت ثبوت حق الخيار للزوجة بالفسخ بسبب الإعسار بالنفقة

إذا أعسر الزوج بالنفقة هل يثبت خيار الفسخ للزوجة على الفور أم على التراخي.

القول الأول: إنما يثبت الخيار للزوجة بالفسخ على الفور من غير إنظار الزوج، وهو قول عند الشافعية[٢]، ومذهب الحنابلة[٣].

جاء في المهذب[٤] "إن لها الفسخ في الحال؛ لأنه فسخ؛ لتعذر العوض، فثبت في الحال كفسخ البيع بإفلاس المشتري بالثمن".

استدل أصحاب القول الأول:

أولا: عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمروهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا[٥].

وجه الاستدلال:

أن المعنى يثبت الفسخ، ولم يرد عن الشارع الإنظار فيه، فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالعيب، ولأن سبب الإعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير[٦].

القول الثاني: لا يثبت الخيار للزوجة على الفور، ولا بد من إنظار و إمهال الزوجة مدة من الزمن، وهذا مذهب المالكية[٧]، وقول عند الشافعية[٨].

---

(1) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٥١٨-٥١٩، الحطاب ، **مواهب الجليل**، ج٥، ص٥٦٤.
(2) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٦١٨، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٤.
(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٦٢.
(4) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٦١٨.
(5) سبق تخريجه صفحة رقم ٩٨.
(6) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٦٢.
(7) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٢٤، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٥١٩.
(8) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٥٩-٤٦٠، النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٤٨٤، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٤-٤٤٥، العمراني، **البيان**، ج١١، ص٢٢٥.

استدل أصحاب القول الثاني[١]:

أولا: أن في إرهاقه على تعجيل الفسخ إدخال ضرر عليه، فيمهل من الزمان أكثر قليله، وهو ثلاث، ليزول بها الضرر عن الزوجين.

ثانيا: أن المال المستحق بالنكاح موضوع على المياسرة و المساهلة، لصحة العقد بغير مهر، فلم يجز أن يعدل به عن موضوعه في المسايرة إلى إرهاق بتعجيل الفسخ، فينظر من الزمان بما يخرج به عن حد الإرهاق.

المطلب السادس: نوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة

اختلف الفقهاء القائلون بإعطاء حق الخيار للزوجة بسبب إعسار الزوج بالنفقة إذا طلبت الزوجة من القاضي التفريق، هل تعد فسخا أم تعد طلاقا؟

واختلفوا على ذلك قولين:

القول الأول: إن الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة هي فرقة فسخ، وهو مذهب الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]

القول الثاني: إن الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة هي فرقة طلاق رجعي، وهذا مذهب المالكية[٤]، فقد جاء في حاشية الدسوقي[٥]" كل طلاق أوقعه القاضي فهو بائن إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة ".

الرأي الراجح:

يرى الباحث ترجيح القول القائل بان الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة فسخ ان هذه الفرقة لم تصدر من الزوج ولا وكيل عنه وما كان ذلك من الفرقة فهو فسخ.

حق الخيار للزوجة في طلب التفريق لعدم الإنفاق في القانون:

أعطى قانون الأحوال الشخصية حق الخيار للزوجة في طلب التفريق لإعسار الزوج بالنفقة أو امتناعه عن دفها لزوجته بان ترفع أمرها إلى القاضي للتفريق بينها وبين زوجها[٦].

---

(1) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٦٠.

(2) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٦١٨، النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٤٨٤، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٢.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٦٥، الرحيباني، **مطالب أولي النهي**، ج٥، ص٦٤١.

(4) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٢٤، ابن عبد البر، **الكافي**، ج٢، ص٢٥٦، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢ ص٥١٩، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٧٤٦، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٤، ص١٨٩.

(5) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٥١٩.

(6) انظر في تفصيل ذلك: احمد أعمر، **الدفوع التأجيلية وتطبيقاتها**، ص٤٠٦-٤١٠ وقد فرق بين حالتين في دعاوي التفريق لعدم الإنفاق: **الحالة الأولى:** حالة الزوج الممتنع عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها.**والحالية الثانية:** حالة عجز الزوج وإعساره عن الإنفاق عليها بعد الحكم بنفقتها وتعذر تحصيل هذه النفقة منه ولكل حالة من الحالتين إجراءاتها وفقا للمواد المحال إليها والمذكورة في هذا المجال.

وقد نص على ذلك في المادة (١١٥) من قانون الأحوال الشخصية، منه والتي ورد فيها (إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها وكان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن للزوج الحاضر مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه وطلبت الزوجة التفريق فان ادعى أنه موسر وأصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال و إذا ادعى العجز و الإعسار فان لم يثبته طلق عليه حالا وان أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر لدفع النفقة المحكوم بها من تاريخ رفع دعوى التفريق وتقديم كفيل بنفقتها المستقبلية فان لم يفعل طلق عليه بعد ذلك).

ونصت المادة (١١٦) من قانون الأحوال الشخصية (إذا ادعت الزوجة عجز الزوج وإعساره عن الإنفاق عليها بعد الحكم عليه بنفقتها وتعذر تحصيلها وطلبت التفريق فان ثبت ذلك أو ادعى اليسار ولم يثبته أمهل مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر لدفع النفقة المحكوم بها من تاريخ رفع دعوى التفريق وتقديم كفيل بنفقتها المستقبلية فان لم يفعل طلق عليه وإذا اثبت اليسار يكلف بدفع نفقة ستة أشهر مما تراكم لها عليه وتقديم كفيل بنفقتها المستقبلية فان لم يفعل طلق عليه القاضي في الحال).

ونصت المادة (١١٧) من قانون الأحوال الشخصية على انه (إذا كان الزوج غائبا وكان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ حكم النفقة في ماله وان لم يكن له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه وطلبت الزوجة التفريق: (أ) (إن كان معلوم محل الإقامة ويمكن وصول الرسائل إليه اعذر القاضي إليه وضرب له أجلا فان لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد الأجل) بينما نصت الفقرة (ب) من المادة (١١٧) على انه (إن كان مجهول محل الإقامة أو لا يسهل وصول الرسائل إليه وأثبتت المدعية دعواها طلق عليه القاضي بلا أعذار ولا ضرب أجل) الفقرة(ج) من المادة (١١٧) (تسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة).

نوع الفرقة الحاصلة بالإعسار عن دفع النفقة:

اعتبر القانون الفرقة الحاصلة بهذا التفريق طلاقا، فإن كان قبل الدخول فهو طلاق بائن وان كان بعد الدخول فهو طلاق رجعي وهذا ما نصت عليه المادة (١١٨) من قانون الأحوال الشخصية فقرة (أ) (تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول ما لم يكن مكملا للثلاث أو قبل الدخول أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائنا). " وقد اخذ ذلك من مذهب المالكية" وقد أجاز القانون للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها إذا أصبح قادرا على دفع نفقة

ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها المستقبلية فإذا لم يدفع النفقة أو لم يقدم كفـيلا فـلا تصح الرجعة وهذا ما نصت عليه المادة(١١٨) فقرة (ب).

" إذا كان الطلاق رجعيا فللزوج مراجعة أثناء العدة ويحكم بصحة الرجعة إذا أرجعهـا خلال العدة ودفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها وقدم كفيلا بنفقتها المـستقبلية فإذا لم يدفع أو لم يقدم كفيلا فلا تصح الرجعة" وهذا ما لم يكن الزوج قد طلق زوجته طلقتـين سبقتا هذه الطلقة، فعندها يكون الطلاق بائنا، ولا تصح الرجعة.وقد نص المشرع القانوني فـي قانون الأحوال ألشخصيه على أن حق الخيار للزوجة يبقى قائما لها بطلب التفريق؛ لإعـسار الزوج أو امتناعه عن الإنفاق على الزوجة وفقا للمـواد(١١٥و ١١٦ و١١٧) وإن اسـتوفت الزوجة نفقتها وفق أحكام المادة (٣٢١) من قانون الأحوال الشخـصية[١]. ولا يمنعهـا هـذا الاستيفاء من إقامة الدعوى بطلب التفريق للإعسار، أو للامتناع عن الإنفاق.

حالات سقوط حق الخيار للزوجة بطلب التفريق لعدم الإنفاق:

أولا: يسقط حق الخيار للزوجة بطلب التفريق لعدم الإنفاق إذا كان للزوج مـال ظـاهر وأملاك يمكن استيفاء النفقة منها ويجب على المحكمة أن تستوضح منـه عـن أسـماء هـذه العقارات فإذا تبين لها أنها مسجلة باسمه في دائرة التسجيل فانه يسقط حق الخيـار للزوجـة بالمطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها[٢] يقول الدكتور القاضي أحمد أعمـر (... وفـي هـذه الحالة: يلاحظ كيف ان للدفع المثار من قبل الزوج باليـسار فـي دعـوى التفريـق للعجـز والإعسار عن الإنفاق سمة التأجيل وإن لم يثبت هذا الدفع وللزوج المـدعى عليـه أن يـدفع بالتأجيل ألمده المقررة حتى يتمكن من القيام بما هو مطلوب منه كما إن للمدعية الزوجة حـال زيادة الأجل عن ألمده المقررة أن يدفع بالتأجيل للمدة المقررة قانونا وعـدم الزيـادة عليهـا وللمحكمة إن تنبهت إلى نقصان ألمده أو زيادتها أن تجري الإيجاب الشرعي بتصحيح اجـر ائتها حسب الأصول)[٣].

---

(1) المادة المذكورة تختص بصندوق تسليف النفقة المحكوم بها و وادائها للمحكوم لها الـذي تعـذر عليهـا تحصيل هذه النفقة من زوجها لأي سبب كان حيث ان الصندوق المذكور يحل محل المحكوم له او المحكـوم عليه فيما لهم من حقوق ماليه بتحصيل المبالغ التي سلفها مع المصاريف.

(2) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٥٨ القرار رقم ٧٨٥٤.

(3) احمد أعمر، " **الدفوع التأجيلية وتطبيقاتها**"، ص٤٠٨، ذكر ذلك((في أطار حديثه عن حالة عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وانه ان اثبت ذلك أو ادعى الزوج الحاضر اليسار ولم يثبته أمهله القاضي في هـذه الحالة مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ثلاثة أشهر لدفع ما حكم به من تاريخ رفع الدعوى وتقـديم الكفيـل بالنفقة المستقبلية و إلا طلق عليه زوجته)).

ثانيا: يسقط حق الخيار للزوجة إذا كان للزوج مال ظاهر ((كالراتب)) وتملك الزوجة مع وجوده تحصيل النفقة منه[١].

ثالثاً: يسقط حق الخيار للزوجة بتولي الزوج الإنفاق على زوجته في بيته وعلى الزوج أن يثبت إذا أنكرت الزوجة ذلك وبثبوته يسقط حقها بطلب التفريق[٢].

رابعا: يسقط حق الخيار للزوجة بطلب التفريق للامتناع او الإعسار عن الإنفاق إذا كانت الزوجة ناشزا فقد جاء في نص المادة (٦٢) من قانون الأحوال الشخصية: (إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها ما لم تكن حاملا فتكون النفقة للحمل والناشز هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها أو إساءة المعاشرة أو عدم أمانتها على نفسها أو مالها).

فدلت المادة (٦٢) من قانون الأحوال الشخصية على أن نشوز الزوجة بدون مسوغ شرعي وعدم إيذاء الزوج لها أو إساءة عشرتها وأمانتها على نفسها ومالها فانه مسقط لحقها في طلب التفريق لهذا الغاية.

خامسا: يسقط حق الخيار إذا كانت الزوجة ناشزا ممتنعة من تسليم نفسها له والانتقال إلى مسكنه الشرعي الذي أعده لها دون وجه حق[٣].

سادسا: إذ دفع الزوج نفقة ستة أشهر مما تراكم لها عليه وقدم كفيلا بنفقتها المستقبلية فانه يسقط حق الزوجة بطلب التفريق للامتناع عن النفقة وهذا ما جاء في نص المادة (١٦١) من قانون الأحوال الشخصية (يكلف بدفع ستة أشهر مما تراكم لها عليه وتقديم كفيل بنفقتها المستقبلية).

يقول القاضي الدكتور احمد أعمر ما نصه ((يلاحظ كيف ان للدفع المثار من قبل الزوج باليسار وإثباته سمه التأجيل إذ إن على المحكمة أن تقوم بإعطائه أجلا مناسبا للقيام بما كلفته المحكمة بهذا الخصوص كما إن للزوج أن يدفع بالتأجيل لهذه الغاية وعلى المحكمة أن تجيبه إلى طلبه فإذا انقضى الأجل ولم يفعل طلق عليه القاضي في الحال))[٤].

---

(1) احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٣٠٨ القرار رقم ١٦٧٠٣ تاريخ ٧١/٧/١٧.احمد أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤٠٦-٤٠٧.

(2) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٥٩ القرار رقم ٨٢٨١ احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٣٠٧ القرار رقم ٨٢٨٦ تاريخ ٥٤/١/٤.احمد أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤٠٦-٤٠٧.

(3) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٢٥٩ القرار رقم ٢٠١٢٠.

(4) احمد أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤٠٨

التطبيق العملي لحق خيار الزوجة لطلب التفريق للإعسار أو امتناع الزوج عن دفع النفقة.

لدى محكمة...................... الشرعية/ القضايا

المدعية.................. وكيلها المحامي....................

المدعى عليه............ وعنوانه للتبليغ...................

موضوع الدعوى: التفريق للعجز عن دفع النفقة (أو الامتناع).

وقائع الدعوى:

١- إن المدعى عليه هو زوجي الداخل بي بصحيح العقد الشرعي

٢- فرض لي عليه نفقة شهرية قدرها....... دينار بموجب إعلام الحكم رقم............ تاريخ................ الصادر عن محكمة

٣- طرحت إعلام الحكم المذكور للتنفيذ في قسم التنفيذ لدى محكمة..........

٤- ولم يدفع المدعي عليه من النفقة المحكوم بها

٥- المدعى عليه (عاجز او ممتنع) عاجز عن دفع النفقة المفروضة كونه فقير الحال، لا مال له، ولا ملك يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه، أو انه ممتنع عن دفع النفقة إن كان موسرا وقادرا على دفعها ويرفض ذلك.

الطلب:

التمس من المحكمة الموقرة تبليغ المدعى عليه لائحة هذه الدعوى، وتعيين موعد للجلسة وغب الثبوت الحكم على المدعى عليه بالتفريق بيني وبينه بطلقة واحدة رجعية لإعساره أو امتناعه عن دفع النفقة وتضمنيه الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

واقبلوا فائق الاحترام

إجراءات الدعوى:

١- تبليغ المدعى عليه.

٢- محاكمته غيابيا إذا لم يحضر مع أنه قد تبلغ حسب الأصول.

٣- تكليف المدعية إثبات الدعوى واثباتها يكون:

أ) بالبينة الخطية(إن المدعية المذكورة قد طرحت إعلام حكم النفقة للتنفيذ لدى دائرة التنفيذ وتعذر عليها تحصيل شيء من هذه النفقة وأن المدعى عليه لم يدفع اي شيء من هذه النفقة حتى تاريخ هذه المشروحات وان كان قد صدر عليه قرار بالحبس لعدم الدفع أم لا)

ب) شهادة الشهود المعتبرة شرعا.

٤- إذا كان معلوم محل الإقامة يعذر شهرا على الأقل وثلاثة شهور على الأكثر من اجل الإنفاق على زوجته مع تقديم كفيل بنفقتها المستقبلية وانه ان لم يفعل طلق القاضي عليه في الحال ويبلغ الأعذار.

٥- إذا لم يقم بالإنفاق خلال الفترة المذكورة طلق القاضي عليه زوجته بعد انتهاء فترة الأعذار وبعد أن يحلفها اليمين الشرعية على انه أم ينفذ مضمون الأعذار حال عدم حضور الزوج للمحكمة........ وفي حال حضوره وادعائه تنفيذ مضمون الأعذار و إقرار الزوجة بذلك أو إثباته حسب الأصول ان أنكرت ذلك الزوجة، فان دفع الزوج[١] في هذه الحالة يوقف حق الزوجة في اختيار هذا الطريق؛ أي طلب التفريق، وترد دعواها؛ لانتفاء السبب الذي ركنت إليه المدعية في دعواها[٢].

٦- إذا كان الزوج مجهول محل الإقامة وثبتت الدعوى بالبينة يطلق القاضي عليه زوجته دون أعذار وبدون حلف اليمين.

٧- الطلاق إذا كان بعد الدخول يكون رجعيا، أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائنا إذا كان الطلاق رجعيا، فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة (إذا أثبتت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها مع تقديمه كفيلا بنفقتها المستقبلية)، فإذا لم يثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر، ولم يقدم كفيلا فلا تصح الرجعة عملا بالمادة ١١٨ ب من قانون الأحوال الشخصية، والملاحظ أن إعطاء الزوج الحق بإرجاع زوجته أثناء العدة الشرعية بجعل الطلاق رجعيا وانه إن دفع نفقة ثلاثة أشهر وتقدم بكفيل يكفل حقها في النفقات المستقبلية إعطاء هذا الحق للزوج واستخدامه من قبله يوقف حق الزوجة باختيار بالفرقة النهائية بإرجاعه لها دون أن تتوقف الرجعة في هذه الحالة على رضاها، بل يكتفي فيها أن ينفذ ما أوجبه القانون عليه.

مضمون القرار:

بناء على الدعوى والطلب والتصادق والإقرار (إذا حضر وأقر) والبينة المقنعة (إذا أنكر أو إذا كان غائبا)وعملا بالموارد بالمواد ٧٩ من المجلة و ١١٥و١١٦ أ و ١١٧ و١١٨ من قانون الأحوال الشخصية، فقد حكمت بالتفريق بين المدعية وزوجها الداخل بها صحيح العقد الشرعي المدعى عليه – المذكور بطلقة واحدة رجعية لعجزه وامتناعه عن دفع النفقة

---

(1) أعمر، حيث عرف الدفع بأنه (**ادعاء معتبر في وقت مخصوص يثيره الخصم او من يمثله او من قد يمس الحكم في الدعوى محقة بهدف رد دعوى المدعي جزئيا او كليا او تاجيل الحكم فيها مؤقتا او صدور حكم مشروط**) انظر: أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٢٩

(2) أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤٠٨-٤٠٩

المحكوم لها بها عليه بموجب إعلام حكم رقم...... تاريخ.......والصادر عن هذه المحكمة والبالغة........... دينارا شهريا وأن عليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخه أدناه، وله الحق بمراجعتها أثناء العدة إذا أثبتت يساره، وبدفع نفقة ثلاثة شهور مما تراكم لها عليه من نفقتها، وباستعداده للإنفاق عليها فعلا بتقديمه كفيلا مليئا بنفقتها المستقبلية (أو بطلقة واحدة بائنة إذا لم يكن مدخولا بها ولا مختليا بها) ابتداء من تاريخه ادناه حكما وجاهيا قابلا للاستئناف أو غيابيا قابلا للاعتراض والاستئناف موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية أفهم علنا تحريرا في............م

ومن ثم يسار في إجراءات التبليغ للحكم حسب الأصول ويرفع للاستئناف للتدقيق بعد شهر من التبليغ إذا كان المدعى عليه غائبا أو بعد شهر من تاريخ الحكم الوجاهي.

المبحث الثامن

خيار الزوجة بالفسخ لإعسار الزوج عن دفع المهر

المطلب الأول: تعريف المهر لغة واصطلاحا:

أولا: تعريف المهر لغة:

هو الصداق والجمع مهور، وقد أمهر المرأة جعل لها مهرا، أو مهرها أعطاها مهرا[١]، وقد مهر المرأة من باب قطع وأمهرها أيضا[٢].

ثانيا: تعريف المهر اصطلاحا:

عرف العلماء المهر بتعريفات عديدة، منها:

أولا: تعريف الحنفية: اسم لمال يسمى في عقد النكاح. [٣]

ثانيا: تعريف المالكية: هو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها. [٤]

ثالثا: تعريف الشافعية: هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء.[٥]

رابعا: تعريف الحنابلة: هو العوض المسمى في عقد النكاح وبعده. [٦]

ثالثا: المهر الموجب للفسخ:

المقصود بالمهر الذي يعطي للزوجة حق الخيار بطلب فسخ عقد الزواج هو "المهر المعجل" أي الحال[٧].

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب**، ج٥، مادة (مهر)، ص١٨٤، احمد رضا، **معجم متن اللغة**، ج٥، مادة (مهر)، ص٣٥٧، مجمع اللغة العربية، **المعجم الوسيط**، مادة (مهر)، ص٨٨٩، الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، مادة (مهر)، ص ٤٧٨

(2) الرازي، **مختار الصحاح**، ص٢٦٦.

(3) العيني، **البناية**، ج٤، ص٦٤٦.

(4) الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٢٨.

(5) النووي، **روضة الطالبين**، ج٥، ص٥٧٤.

(6) السعدي المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص ٣٦٣.

(7) الميداني، **اللباب**، ج٣، ص٩٢، ابن عبد البر، **الكافي**، ج٢، ٢٥٥، الاردبيلي، **الأنوار لأعمال الأبرار**، ج٢، ص٤٣٨، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٧٢.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في حق الزوجة في طلب الفسخ للاعسار عن دفع المهر المعجل.

اختلف الفقهاء في إعطاء الزوجة حق الخيار بسبب إعسار الزوج عن دفع المهر المعجل على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يثبت للزوجة حق الخيار بفسخ العقد لإعسار الزوج عن دفع المهر المعجل مطلقا سواء كان قبل الدخول أو بعد الدخول، وعلى هذا الرأي، الحنفية (١)، والشافعية في قول عندهم(٢)، وقول ووجه عند الحنابلة. (٣)

أدلة القول الأول:

أولا: أن تأخير إعطاء الزوجة المهر لا يؤثر، لأن النفس تقوم بدون المهر، فأشبه نفقة الخادم والنفقة الماضية. (٤)

ثانيا: ولأنه لا نص فيه (٥)، أي أنه لم يثبت نص في إعطاء حق الخيار للزوجة في فسخ العقد، بسبب إعسار الزوج بالمهر.

ثالثا: لا يصح قياسه على (النفقة)، لأن الضرورة لا تندفع إلا بها بخلاف الصداق، فأشبه شيء به (النفقة الماضية)، فلا يفسخ النكاح إذا أعسر بالنفقة الماضية. (٦)

رابعا: "إن بضعها بعد الدخول مستهلك فصار كاستهلاك المبيع في الفلس، لا خيار فيه للبائع، وقبل الدخول يسقط صداقها بالفسخ من غير بدل، فلم يكن الفسخ فيه إلا ضررا".(٧)

---

(1) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص١٩٠، برهان الدين أبي المعالي محمود بن احمد بن عبد العزيز ابن مازه البخاري الحنفي، **المحيط ألبرهاني:** تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، الطبعة الأولى، ج٣، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٤م، ص٩٩-١٠٠، العيني، **البناية** ج٤، ص٧٢٠، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥١٥، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٣٥٣ المرغياني، **الهداية شرح بداية المبتدى**، ج٣، ص٩٥.

(2) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٦١، النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٤٨٣، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٤، العمراني، **البيان**، ج١١، ص٢٢٣.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٦٨، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥٢١.

(4) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٤، الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٦١-٤٦٢، ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص٣٦٨.

(5) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٨٦-٣٦٩.

(6) ابن قدامة، **المغني** ج١١، ص٣٦٩.

(7) الماوردي، **الحاوي** ج١١، ص٤٦١.

القول الثاني: يثبت حق الخيار للزوجة بفسخ العقد، بسبب إعسار الزوج بالمهر، سواء كان قبل الدخول أو بعد الدخول، وهذا قول عند الشافعية [١]، وأحد الأقوال عند الحنابلة.[٢]

الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثاني:

أولا: القياس، على (الإعسار بالنفقة) كما يثبت الخيار بإعسار الزوج بنفقة زوجته، يثبت الخيار بإعسار الزوج بالصداق، لأن استحقاقه في العقد أقوى من استحقاق النفقة في العقد، فإذا ثبت في الأضعف فان ثبوته في الأقوى أحق" [٣]

مناقشة ذلك [٤]:

أنه لا يدخل عليها ضرر في بدنها من تأخير الصداق عنها، ويقوم بدنها بتأخير الصداق عنها، أما فقد النفقة فلا يقوم معه البدن، ولا يمكن معه صبر، فافترقا في الخيار بين هذين الوجهين.

والرد على ذلك: بأنه يمكن رفع ضرر فقد النفقة، بأن تنفق من مالها، أو ينفق عليها من أقاربها، أو تأكل من عملها، ومع هذا أعطيت حق الخيار في الفسخ، ومع هذه الفرقة للإعسار بالمهر أيضا؛ لرفع الضرر في كل منهما. [٥]

ثانيا: كما أن البائع له حق الخيار في فسخ البيع، بإعسار المشتري بعد قبض المبيع وبقاء بعضه وله حق الرجوع فيه، كان للزوجة حق الخيار في فسخ العقد بعد التمكين لأن البضع لا يتلف حقيقة بالوطء. [٦]

مناقشة ذلك:

لا يصح قياسه على (الثمن في المبيع) لأن الثمن مقصود البائع والعادة تجعله خلاف المهر بالنكاح، فليس هو المقصود من النكاح، وليس من مقاصده بل هو فريضة ونحلة، وعقد النكاح لا يفسد بترك المهر، والعادة تأخيره وإن أكثر من يشتري المبيع بثمن الحال دون تأجيل يكون موسرا به، أما أكثر من يتزوج لا يكون موسرا بالمهر. [٧]

---

(1) النووي، **روضة الطالبين**، ج٦ ص٤٨٣، الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٦١، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٤، العمراني، **البيان**، ج١١، ص٢٢٣.

(2) ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص ٣٦٨، ابن تيمية، **المحرر**، ج٢، ص١٨٨، السعدي المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٦٩، المرداوي، **الإنصاف**، ج٢، ص١٦٣٧.

(3) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، **ص٤٦١**، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥٢١.

(4) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٦١-٤٦٢.

(5) ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص٥٢٢.

(6) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣ ص٤٤٤، ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص٣٦٨.

(7) ابن قدامه، **المغني**، ج١١، ص٣٦٩.

القول الثالث: لها حق الخيار في فسخ العقد إذا أعسر الزوج قبل الدخول، أما بعد الدخول فلا يثبت لها هذا الحق، وهذا مذهب المالكية [1]، وقول عند الشافعية وهو المذهب عندهم. [2]، وقول عند الحنابلة. [3]

الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثالث:

أولا: القياس، على المشتري إذا أفلس و المبيع بيد البائع، فانه يثبت الخيار للبائع بالرجوع في البيع والسلعة، فكان للزوجة حق الخيار في الفسخ لعدم تسليم المهر، والمعوض بحاله، أما بعد الدخول فلا يحق لها الفسخ؛ لأن البضع أصبح مستهلكا بالوطء، كما أفلس المشتري بعد استهلاك المبيع والسلعة، فلا يثبت الخيار للبائع؛ لان السلعة أصبحت مستهلكة"[4].

مناقشة ذلك:

بأن بضع الزوجة لا يتلف بوطء واحدة، فلا يقاس على إفلاس المشتري بعد استهلاك المبيع، فإن استهلك المبيع والسلعة كلهما لا يثبت له خيار الفسخ، لأن الرجوع في السلعة أصبح محالا، فلا يوجد فيها منفعة، أما الزوجة فان بقاء الفائدة والمنفعة فيها موجود وقائم، فلها حق الخيار في الفسخ. [5]

الرأي الراجح:

ويرى الباحث ترجيح القول القائل بإعطاء حق الخيار للزوجة بفسخ عقد الزواج في إعسار الزوج عن دفع المهر المعجل قبل الدخول، ولا يحق للزوجة الفسخ بعد الدخول؛ لأن للزوجة قبل الدخول أن تمتنع عن تسليم نفسها لزوجها، ولها أن تطلب من القاضي فسخ عقد الزواج ويؤجله القاضي مدة من الزمن ليوفيها حقها المالي؛ لأن المهر المعجل حق لها في ذمة زوجها، فإذا لم يوفيها هذا الحق، وثبت إعساره كان لها طلب فسخ عقد الزواج قبل الدخول، أما بعد الدخول فلا خيار للزوجة في الفسخ، وإنما للزوجة أن تستوفي مهرها المعجل بطرق أخرى غير طريق الفسخ، دون الإضرار بالحياة الزوجية، أو ربما لا تنظر الزوجة بعد الدخول إلى المهر المعجل؛ لأنها قد تكون راضية بالحياة الزوجية، ومستقرة.

---

(1) مالك بن انس الاصبحي، **المدونة**، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤١٥هـ ـــ ١٩٩٤م، ج٢، ص١٧٦ ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٢٤، ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص٥١، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٣٦-٤٣٧، الحطاب الريعني، **مواهب الجليل**، ج٥، ص١٧٧-١٨٢، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣ نص٢٥٩.

(2) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٦٢، النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٤٨٣، الشيرازي، **المهذب** ج٤، ص٢١٣، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٤.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص٣٦٨، ابن تيمية، **المحرر**، ج٢، ص١٨٨.

(4) الشيرازي، **المهذب** ج٤، ص ٢١٣، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٤، ابن قدامه، **المغني** ج١١، ص٣٦٨.

(5) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٢١٣، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٤.

المطلب الثالث: صاحب الحق في الخيار

صاحب الحق في خيار الفسخ لإعسار الزوج عن دفع المهر هو "الزوجة المكلفة فقط "فان شاءت فسخت، وإن شاءت صبرت، ولا يحق للولي عليها أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة دون توكيل من الزوجة، وليس لولي الصغيرة والمجنونة الفسخ، وإن كان فيه مصلحة لهما، وينفق عليهم الولي من مالها، وإن كان لهما مال، وإن لم يكن لهما مال ينفق عليهما من ماله، ويكون دينا في ذمة الزوج تطالب به الزوجة حين يسره، وهذا عند القائلين بإعطاء حق الخيار للزوجة[١].

نوع الفرقة بسب الإعسار بالمهر:

إذا رفعت الزوجة بطلب فسخ عقد الزوج بسبب إعسار الزوج عن دفع المهر فهل يكون هذا التفريق طلاقا أم فسخا؟

اختلف الفقهاء القائلون بإعطاء حق الخيار للزوجة بفسخ العقد للإعسار عن دفع المهر على قولين:

القول الأول: نوع الفرقة بسبب خيار الإعسار بالمهر هو فسخ، وهذا مذهب الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]

القول الثاني: نوع الفرقة بسبب خيار الإعسار بالمهر هو طلاق بائن، وهذا مذهب المالكية[٤].

خيار الزوجة بالتفريق لإعسار الزوجة عن دفع المهر قانونا [٥]:

أعطى قانون الأحوال الشخصية، الخيار للزوجة بين ان تطلب التفريق، برفع أمرها إلى القاضي لفسخ عقد الزواج، إذا أثبتت إعسار الزوج عن دفع المهر المعجل قبل الدخول، وبين أن تبقى على عقد الزواج وتستمر فيه إذا لم يصبها ضرر من إعسار الزوج بالمهر المعجل.

وهذا ما نصت عليه نص المادة (١٣٩)من القانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنه: (إذا أثبتت، قبل الدخول عجز الزوج عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه، فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ عقد الزواج؛ والقاضي يمهله شهرا، فإذا لم يدفع المهر، بعد ذلك يفسخ الزواج بينهما، أما إذا كان الزوج غائبا ولم يعلم له محل إقامة ولا مال له، يمكن تحصيل المهر منه، فإن العقد يفسخ دون إمهال)

---

(1) ابن عبد البر، **الكافي**، ج٢، ص٢٥٥، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص٢٥٩-٢٦٠، النووي، **روضة الطالبين**، ج٦، ص٤٨٦-٤٨٧، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ٤٤٦، السعدي المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٦٩.

(2) الماوردي، **الحاوي**، ج١١، ص٤٦٢، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٢١٣، النووي، **روضة الطالبين** ج٦، ص٤٨٤، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٤٤٤.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١١، ص ٣٦٨، السعدي المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٦٩، ابن تيمية، **المحرر**، ج٢، ص١٨٨ المرداوي، **الإنصاف**، ج٢، ص ١٦٣٧، ابن عبد الهادي، **مغني ذي الإفهام**، ص٣٧٣.

(4) ابن عبد البر، **الكافي**، ج٢، ص، ٢٥٥، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٣٦-٤٣٧، الحطاب الريعني، **مواهب الجليل**، ج٥، ص١٨٣، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص٢٦٠.

(5) انظر في تفصيل ذلك، احمد أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤١٣، ٤١٤.

وقد استمد القانون ما ذهب إليه من "مذهب المالكية"، وما ذهب إليه " الـشافعية"، وهـو احد الأقوال عند "الحنابلة ".

" **نوع الفرقة الحاصلة بالإعسار عن دفع المهر المعجل قانونا:**

ذهب قانون الأحوال الشخصية إلى أن الفرقة الحاصلة بسبب الإعسار عن دفع المهر المعجل هي "فسخ"، وأخذ ذلك من مذهب الشافعية، والحنابلة.

الحالات التي يسقط فيها حق الزوجة في الخيار بطلب الفسخ لإعسار الـزوج عـن دفـع المهر المعجل:

أولا: إبراء الزوج من المهر المعجل وذلك بموجب حجة إقرار من الزوجة بـالإبراء و تكون هذه الحجة مسجلة وموثقة رسميا أمام القاضي ويشترط أن يكون الزوجين كاملي أهليـة التصرف وهذا ما نصت على المادة(٥٣)من قانون الأحوال الشخصية فقرة(أ) (للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف ويلحق ذلك بأصل العقـد إذا قبل الطرف الأخر في مجلس الزيادة أو الحط منه على أن يوثق ذلك رسميا أمام القاضي).

والفقرة (ب)- لا يعتد بالسند المتضمن أقرار الزوجة بقبض مهرها أو برائهـا زوجهـا منه إلا إذا تم توثيقه رسميا.

ثانيا: يسقط حق الخيار بالفسخ لإعسار الزوج عن دفع المهر المعجل حالا إذا تم تأجيل المهر المعجل إلى وقت معين معلوم ولم يكن اجلا فاحشا وقد نصت المادة(٤١) مـن قـانون الأحوال الشخصية على انه: (يجوز تعجيل المهر المسمى وتأجيله كله أو بعضه على أن يؤيد ذلك بوثيقة خطية وإذا لم يصرح بالتأجيل يعتبر المهر معجلا) وعلى هذا يسقط حقها بالمطالبة بالفسخ إذا تم الاتفاق بين الزوجين على التأجيل بشرط أن لا يكون الأجل فاحشا على أن يوثق ذلك رسميا ومن الأجل الفاحش إذا أجل المهر المعجل لحين الدخول فلا يعتبر ويصبح المهر حالا ويحق للزوجة المطالبة بفسخ عقد الزواج لعجز الزوج عن دفعه [1]و كـذا تأجيـل دفـع المهر المعجل إلى الزفاف لا يعتبر تأجيلا لأجل مسمى وإنما هو أجل فاحش لعدم تعيينه وعلى هذا يعتبر المهر حالا ولها الحق في المطالبة بفسخ عقد الزواج[2]

ثالثا: يسقط خيار المطالبة بالفسخ للعجز عن دفع المهر المعجل إذا اثبت الزوج يـساره لأنه يمكن تحصيل المهر المعجل من مال الزوج[3] ولا بد أن تكـون هـذه الأمـلاك قابلـة

---

(1) احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٣٤٣ القرار رقم ٨٧٤٢ تاريخ ٥٥/٤/١١

(2) انظر المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية، احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، الطبعة الأولـى، ج٢، دار الثقافة الأردن عمان، ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م، ص٩٣٦ القرار رقم ٩٠١٣ تاريخ ٥٦/١/٣

(3) احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١ ص٣٥٣ القرار ٣٩٩٦٥ تاريخ ٩٦/١/١٧.

للتصرف بالبيع ونحوه[١]وإذا رغب الزوج في دفع المهر أمانه باسم الزوجة أن تمكنه المحكمة من ذلك وعندها يسقط حقها في الفسخ[٢]

ويقول الدكتور احمد أعمر في الدفوع ألتأجيلية في أطار حديثه عن خيار الزوجة بفسخ عقد زوجها لإعسار الزوج ما نصه ((..... للمدعى عليه أن يدفع بالتأجيل لغايات تامين المهر للزوج أو إيداعه باسمها كأمانه لدى دائرة الإجراء وعلى المحكمة أن تجيبه إلى ذلك لما يترتب على تامين المهر من زوال سبب الدعوى)) [٣].

التطبيق العملي لحق خيار الزوجة الطلب الفسخ للإعسار عن دفع المهر المهر المعجل.

لدى محكمة.................. الشرعية / القضايا

المدعية.............. وكيلها المحامي:..................

المدعى عليه:.......... وعنوانه للتبليغ.................

موضوع الدعوى: طلب فسخ النكاح للإعسار عن دفع المهر المعجل[٤]

وقائع الدعوى:

١- أن المدعى عليه هو زوجي بصحيح العقد الشرعي وقد جرى عقد نكاحي عليه بموجب وثيقة عقد الزواج رقم.................. تاريخ.../...../...... م والصادر عن هذه المحكمة وكان ذلك على مهر معجل وقدره ألف دينار وأنه لم يدخل بي ولم يختل بي الخلوة الدخول الشرعية الصحيحة.

٢- المدعى عليه عاجز عن دفع مهري المعجل (كله او بعضه) وأنه لا مال له يمكن تحصيل المهر منه وأن ذمته ما زالت مشغولة بمهري المعجل (كلا او جزءا)

الطلب:

ألتمس من محكمتكم تبليغ المدعى عليه لائحة هذه الدعوى، وتعيين موعدا للجلسة، وغب الثبوت الحكم بفسخ عقد النكاح بيني وبينه؛ لعجزه عن دفع مهري المعجل المذكور، وتضمينه الرسوم والمصاريف.

واقلبوا فائق الاحترام

---

(1) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٣٥٠ القرار رقم ٢٢٧٥١.

(2) احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٣٥٣ القرار رقم ٤١٣٣١ تاريخ ٩٦/٩/٢٩.

(3) احمد أعمر، **الدفوع التأجيلية وتطبيقاتها**، ص٤١٤.

(4) شرط صحة هذه الدعوى ان يكون العجز عن دفع المهر المعجل كلا او جزءا قبل الدخول عملا بمنطوق المادة(١٣٩)من قانون الأحوال الشخصية

إجراءات الدعوى:

١- تبليغ المدعى عليه.

٢- السير في الدعوى علنا بمحاكمة المدعى عليه غيابيا أو وجاهيا إذا كان حاضرا.

٣- إذا حضر وأقر بالدعوى يمهل شهرا فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما وأما إذا كان غائبا ومعلوم محل الإقامة وأثبتت الزوجة الدعوى بالبينة فانه أيضا يمهل شهرا، ويبلغ الإمهال، فإذا لم يدفع بعد الإمهال يفسخ العقد بينهما بعد تحليف المدعية أنه لم يدفع مهرها أما إذا كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة الدعوى بالبنية المقنعة فيفسخ عقدهما، بدون إمهال عملا بالمادة ١٣٩ من قانون الأحوال الشخصية.

ومن هنا يتضح لنا: أن قيام الزوج بدفع المهر المعجل خلال فترة الإمهال المحددة من المحكمة مانع للزوجة من اختيار طريق التفريق لهذا السبب وموقف لهذا الحق، وأنه إذا ما اثبت دفعه للمهر المعجل بعد إنهاء المهلة أو أقرت الزوجة بذلك ردت دعواها، وتوقف حقها بطلب التفريق لهذا السبب فإذا لم يدفع الزوج المهر المعجل خلال فترة الإنذار أصدر القاضي حكمه بالفسخ حسب الأصول وبالتالي يتأكد حق المرأة في الطريق الذي اختارته بالتفريق [١]

نموذج القرار:

بناء على الدعوى والطلب والإقرار والتصادق (حال الحضور) أو البينتين الخطية المبرزة و الشخصية المقنعة (حال الغياب او حال الحضور و الإنكار) وعملا بالمواد....... فقد حكمت بفسخ عقد النكاح الجاري بين المدعية والمدعى عليه لعجز المدعى عليه عن دفع مهر المدعية المعجل والمسجل لها في قسيمة عقد الزواج رقم.......... تاريخ.../..../...م والصادر عن هذه المحكمة ابتداء من تاريخه، وأنه لا عدة عليها حكما وجاهيا أو غيابيا تابعا للاستئناف موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية أفهم علنا تحريرا بتاريخ....................

(1) أعمر، **الدفوع التاجيلية**، ص ٤١٤، ويضاف الى ما سبق ما ورد في القرار الاستئنافي رقم ٤١٣٣١ تاريخ ١٩٩٦/٩/٢٩ (**ان على المحكمة حال دفع دعوى المدعية من قبل المدعي عليه بانه موسر ان تكلفه باثبات اليسار لا ان تبادر باعذاره و اذا رغب في دفع المهر أمانه باسم زوجته المدعي أن تمكنه ممن ذلك وعندها يزول سبب الدعوى**)داواد، **القضايا والاحكام**، ج١، ص ٢٧٨-٢٧٩

المبحث التاسع

حق الخيار للزوجة بطلب التفريق للشقاق والنزاع بينها وبين زوجها

المطلب الأول: تعريف الشقاق والنزاع لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف الشقاق والنزاع لغة:

أولا:الشقاق لغة: غالبه العداوة والخلاف،[1] والشقاق والعداوة بين فريقين، والخلاف بين اثنين، وسمي ذلك شقاقا، لأن كل فريق من فرقتي العداوة قصد شقا، أي ناحية غير شق صاحبه [2]

والشقاق: هو الخلاف، وذلك إذا انصدعت الجماعة، وتفرقت، يقال: شقوا عصا المسلمين، وقد انشقت عصا القوم بعد التئامها: إذا تفرق أمرهم [3]

ثانيا: تعريف النزاع لغة: التنازع والتخاصم، وتنازع القوم: افترقوا، وبينهم نزاعة: أي خصومة في حق[4]،ونازعه في كذا خاصمه من نازعه الحبل: إذا جاذبه إياه، وعلى ذلك قوله: الحائط المنازع وصوابه المنازع فيه [5]

الفرع الثاني: تعريف الشقاق والنزاع اصطلاحا:

مخالفة كل واحد منهما صاحبه مأخوذ من الشق، وهو الناحية، فكل واحد منهما قد صار في ناحية، وشقه غير شق صاحبه، والحكم هاهنا هو القائم بما يسند إليه [6]

أو هو: وقوع الخلل في مقصود النكاح من الألفة وحسن العشرة [7]

أو هو: النزاع الشديد، والخلاف المتحكم بين الزوجين، وإيذاء الزوج لزوجته بالضرب المبرح، والشتم المقذع، والتقبيح المخل بالكرامة، أو الطعن فيها بما يسئ إلى الشرف والمروءة، والحمل على فعل ما حرم الله،أو الإعراض والهجر بغير حق، ونحو ذلك من

(1) ابن منظور، **لسان العرب**، ج١٠، مادة (شقق)ص ١٨٣، احمد رضا، **معجم متن اللغة**، ج٣، مادة(شقق)، ص ٣٥٢، الرازي، **مختار الصحاح**، ص ١٤٤.
(2) ابن منظور، **لسان العرب**، ج١٠، ص١٨٣.
(3) احمد بن فارس بن زكريا، **معجم مقياس اللغة**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج٣، دار الفكر، ١٣٩٩هـ ١٩٧٩م، مادة (شقق)ص١٧١.
(4) ابن منظور، **لسان العرب**، ج٨، مادة(نزع)، ص٣٥٢.
(5) المطرزي، **المغرب في ترتيب المعرب**، ج٢، باب نون مع الزاي، مادة (نزع)، ص٢٩٧.
(6) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٢٥٠.
(7) ابن عربي، **أحكام القران**، ج١، ص٥٤١.

الإساءة القولية، أو الفعلية التي تجعل الحياة بين الزوجين على غير ما يحب الله ويرضى من المودة والرحمة، بحيث يتضرر من استمرار الحياة الزوجية إلا بتحمل الضرر العظيم[١].

وأفضل ما قيل في تعريف النزاع والشقاق هو تعريف الدكتور زياد حجاج حيث عرفه بأنه (خلاف مستحكم بين الزوجين لا يستطاع معه داوم العشرة بينهما)[٢].

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في خيار الزوجة بطلب التفريق للنزاع والشقاق، ، وأصبح الشقاق والنزاع مستحكما، وعجز المحكمون عن الإصلاح، وامتنع الزوج من تطليقها؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إنه لا يحق للزوجة طلب التفريق من القاضي؛ لوجود الشقاق والنزاع بين الزوجين، إلا أن على القاضي الاستماع إلى شكواها، وإحضار الزوج للإصلاح بينهما، ويستعين بالحكمين من أجل الإصلاح، والتوفيق بين الزوجين، وليس لهما القرار في التفريق ما دام الرجل غير موافق على ذلك، هذا رأي الحنفية[٣] وقول عند الشافعية[٤]

وقول عند الحنابلة[٥] وعليه فإنه لا يحق للزوجة طلب التفريق بسبب الشقاق والنزاع بينها وبين زوجها، وإن مهمة الحكمين هي الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، ولا يحق للقاضي إيقاع الطلاق ؛ لأنه لا يملكه إلا بإذن من الزوج، فإذا اشتكت المرأة عند القاضي أن زوجها يضربها، وطلبت من القاضي أن يأمره بأن يسكنها بين قوم صالحين، فإن علم القاضي أن الأمر كما قالت زجره عن ذلك، ومنعه من التعدي عليها[٦]

---

(1) عبد الفتاح عمرو، **السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية**، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان الأردن، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م، ص٢٢٥.

(2) الحجاج، **المدد و الأعذار وآثارهما وتطبيقاتهما في المحاكم الشرعية الأردنية**، ص١٢١.

(3) أحمد بن علي الجصاص، **أحكام القران**، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان، ١٤١٢هـ ١٩٩٢م، ج٣، ص١٥٢، احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الحنفي **مختصر الطحاوي**، تحقيق أبو الوفا الأفغاني عنيت بشرة لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر أباد الركن بالهند ص ١٩١، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٤، ص٢١٨، ابن مازه، **المحيط ألبرهاني**، ج٣، ص١٧٣.

(4) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٢٥٠، الماوردي، **الحاوي**، ج٩، ص٦٠٣، النووي، **روضة الطالبين**، ج٥، ص٦٧٨.

(5) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٢٦٤، الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٤٣٩، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٥٦٨.

(6) ابن مازة، **المحيط ألبرهاني**، ج٣، ص١٧٣.

الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الأول:

أولا: من الكتاب ((وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً))[١].

وجه الدلالة: إن مهمة الحكمين تنحصر في الإصلاح بين الزوجين، وليس التفريق بينهما.[٢]

مناقشة ذلك:

"ذكر الله تعالى الإصلاح في القرآن الكريم ولم يذكر الفرقة؛ لأنه الأفضل، وليسعى الحكمان للوصول إليه، فليس معنى ذلك الاقتصار، عليه بحيث لا يباح غيره[٣]

وعليه، فإذا أصبح طريق الإصلاح غير ممكن أمام الحكمين فإن عليهما رفع تقريرهما إلى القاضي بالعجز عن الإصلاح، ما يترتب عليه إعطاء الحق للزوجة بالتفريق، ويوقعه القاضي على الزوج، ودون رضائه.

ثانيا: ليس للحاكم أن يطلق، ولا يبرئ من مالهما، فكيف يفعل ذلك نائبه[٤]

ثالثا :ولأن البضع حقه، والمال حقها، وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما، أو ولاية عليهما[٥]

مناقشة ذلك:

"إن للحاكم مدخلا في إيقاع الفرقة بين الزوجين بالعيوب، والعنة، وفي الإيلاء، فجاز أن يملك بها تفويض ذلك إلى الحكمين[٦]؛ ولإزالة الضرر: كالايلاء والإعسار بالنفقة، والمهر وغير ذلك[٧]، ولا يمنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه عن أداء الحق كما يقضي الدين عنه من ماله إذا امتنع، ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع إذا ثبت هذا[٨]

---

(1) سورة النساء آية ٣٥.

(2) الجصاص، **أحكام القران**، ج٣، ص١٥٣، الماوردي، **الحاوي**، ج٩، ص٦٠٣

(3) عبد الرحمن الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية**، تقديم محمد أبو زهرة، مصطفى السباعي الطبعة الثانية، دار الفكر، ج ٢، ص٧٦٥.

(4) ابن همام، **شرح فتح القدير**، ج٤، ص٢١٨.

(5) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٦٠٦، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٦١، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٢٦٤

(6) الماوردي، **الحاوي**، ج٩، ص٦٠٣.

(7) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٩٣-٥٩٤.

(8) ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص٢٦٥.

ثالثا:أن الطلاق لا يملكه إلا الزوج ومن فوض الزوج إليه ذلك [١]

رابعا: "أن القاضي يقدر على منع الشقاق بينهما، وللزوجة إيفاء الحق، وترك الإضرار، فلا يجوز أن يفرق بينهما[٢]، فالقاضي وبما له من صلاحيات يمكنه رفع الأذى والضرر عن الزوجة فله أن يعزره بالكلام، أو أن يسكنها بين أمناء لحمايتهما عند تعرضها للإيذاء، والقاضي يملك وسائل كثيرة لردع الزوج المستعدي عند التمادي حتى يعود إلى رشده[٣].

مناقشة ذلك:

بأن هذا نظر قاصر يتصور في" عقود الأموال" أما "عقود الأبدان" فلا تتم إلا بالاتفاق، والتآلف، وحسن التعاشر، فإذا فقد لم يكن لبقاء العقد وجهه، وكانت المصلحة في الفرقة، وبما يريانه من المفارقه أو اخذ شيء من الزوج أو الزوجة[٤].

القول الثاني: إنه يثبت الخيار للزوجة بالتفريق للشقاق والنزاع، فإن شاءت أقامت مع زوجها، وصبرت على ضرره لها، وإن شاءت رفعت أمرها إلى القاضي، ويجيبها إلى طلبها بعد أن يثبت عنده عجز الحكمين عن الإصلاح، والقاضي يحكم بالتفريق لإزالة هذا الضرر، وهذا مذهب المالكية[٥]، وقول عند الشافعية[٦]، ورواية عند الحنابلة[٧].

وعليه: فإذا شكت الزوجة إلى القاضي بسبب الضرر الذي يلحقها من زوجها، وبعد أن يعجز الحكمان عن الإصلاح فإنه يحق لهما رفع تقريرهما إلى القاضي لإيقاع الفرقة بينها وبين زوجها، من غير إذن من الزوج ورضائه.

---

(1) أبي الحسين احمد بن محمد بن جعفر البغدادي ألقدوري، **التجريد**، دراسة تحقيق، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية محمد احمد سراج و علي جمعة محمد، الطبعة الأولى، ج٩، دار السلام مصر، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م ص٤٧٣٨، ابن عبد البر، **الاستذكار**، وثق أصوله وخرج نصوصه ورقمها وقنن مسائله وصنع فهارسه عبد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى، ج١٨، دار قتيبه دمشق بيروت، دار الوغى حلب القاهرة، ١٤١٤هـ ١٩٩٣م، ص١١٣، ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص٩٩.

(2) ألقدوري، **التجريد**، ج٩، ص٤٧٤٠.

(3) محمد أمين كامل الهندي، **دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحاكم الشرعية الأردنية**، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ ١٩٩٥م– مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية المشيرفة – الرصيفه، ص٣٨.

(4) ابن عربي، **أحكام القران**، ج١، ص٥٤١.

(5) مالك ابن انس، **الموطأ**، ج٢، ص٥٨٤، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٩٣، ابن عبد البر، **الاستذكار** ج١٨، ص١٠٨.

(6) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص ٢٥٠، الماوردي، **الحاوي**، ج٩، ص٦٠٢، النووي، **روضة الطالين**، ج٥، ص٦٧٨.

(7) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٢٦٤، ابن تيمية، **المحرر**، ج٢، ص٢٠١.

الأدلة التي استدل بها أصحاب القول الثاني:

١- **من الكتاب** قال تعالى ((وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً))[1].

وجه الدلالة: قوله تعالى (فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا) فسماهما حكمين، ومن شأن الحكم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه[2]

٢- أنه خطاب توجه إلى الحاكم، فاقتضى أن يكون ما يتضمنه من اتخاذ الحكمين من وجه الحاكم دون الزوجين[3]، ويفعلان ما فيه المصلحة مما يريانه من التفريق أو التوفيق[4]

٣- قوله **تعالى:**((إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً)) راجع إلى الحكمين، فدل على أن الإرادة لهما دون الزوجين [5]

ثانيا: من السنة:

١- عن ابن جريح، قال: حدثني ابن أبي مليكة: أن عقيل بن أبي طالب تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعة، فقالت تصبر لي وأنفق عليك، فكان إذا دخل عليها قالت: أين عتبة بن ربيعة، وشيبة بن ربيعة؟ فيسكت عنها حتى إذا دخل عليها يوما وهو برم قالت: أين عتبة بن ربيعة، وشيبة بن ربيعة؟ قال: عن يسارك في النار إذ دخلت، فشدت عليها ثيابها، فجاءت عثمان بن عفان، فذكرت ذلك له، فضحك، فأرسل إلى ابن عباس، ومعاوية، فقال ابن عباس: لأفرقن بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، فأتيا فوجداهما قد أغلقا عليهما أبوابهما، وأصلحا أمرهما، فرجعا[6].

وجه الدلالة: قول عبد الله بن عباس" والله لا فرقن بينهما" وقول معاوية" والله ما كنت لا فرق بين شيخين من بني عبد مناف" فدل هذا القول منهما على أن الحكمين يملكان الفرقة إن رأياه، وذلك بمشهد من عثمان رضي الله عنه، وقد حضره، من الصحابة من

---

(1) سورة النساء آية ٣٥.

(2) ابن كثير، **تفسير القران العظيم**، ج٢، ص٢٩٧، الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص ٦٠٢ ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص٢٦٤، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٢٥٠، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٩٣.

(3) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٦٠٢، ابن كثير، **تفسير القران العظيم**، ج٢، ص ٢٩٦، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥٩٣.

(4) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص ٦٠٢، ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص٢٦٤.

(5) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص ٦٠٢.

(6) عبد الرزاق، **المصنف**، ج٦، ص٥١٣ رقم ١١٨٨٧، البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٧، ص٤٩٩.

حضر، فلم ينكره، ولأن للحاكم مدخلا في إيقاع الفرقة بين الزوجين بالعيوب، والعنـة، وفـي الإيلاء فجاز أن يملك به تفويض ذلك إلى الحكمين [(١)]

٢- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"لا ضرر ولا ضرار، من ضر ضره الله ومن شق شق الله عليه " [(٢)]

وجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمرنا بإزالة الضرر، وبناء عليه فان للمرأة ان ترفع أمرها إلى القاضي اذا اضر بها الزوج وتعين التفريق طريقا لرفعه فإذا أثبتت صحة دعواها و عجز الحكمين عن الإصلاح طلقها القاضي من دون إذن زوجها لإزالة الضرر ان أصرت على دعواها. [(٣)]

٣- عن عبيده السلماني، قال: شهدت علي بن أبي طالب، وجاءته امرأة وزوجها مع كل واحد منهما فئام من الناس -اي جماعة -، فأخرج هؤلاء حكما من الناس وهؤلاء حكما، فقال علي للحكمين: أتدريان ما عليكما؟إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما، فقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت، والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله تعالى لي وعلي[(٤)]

فدل ذلك أن علي رضي الله عنه أجبره على قبول رأي الحكمين [(٥)] وذلك لوجود الشقاق بينهما، وإثباته الظالم منهما، فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما، كما لو قذفها، وتلاعنا [(٦)]

ثالثا المعقول:

أولا: أن الغاية من الإصلاح هو عودة الصفاء إلى البيت، والمودة إلى القلوب، وهذا ان لم يتحقق، كان الصفاء والمودة في التفريق بينهما فتحققت غاية الإصلاح عن طريق آخر وهو "التفريق" [(٧)]

ثانيا: أن الشارع الحكيم جعل الفرقة بين الزوجين بجهتين: الأولى: جهة الزوج، والثانية: جهة القاضي، حيث أجاز للقاضي التفريق للعجز عن دفع النفقة، وكذلك التفريق

---

(1) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٦٠٣.

(2) الحاكم، **المستدرك على الصحيحين**، ج٢، ص٦٦، قال هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٦، ص١١٥.

(3) وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج٧، الطبعة الثانية، ١٤٠٥، هـ ١٩٨٥م، دار الفكر دمشق، ص٥٢٧.

(4) عبد الرزاق، **المصنف**، ج٦، ص٥١٢ رقم ١١٨٨٣، البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٧، ص٤٩٨ رقم ١٤٧٨٢، الشافعي، **مسند الشافعي**، ج٣، وقال الشافعي (صحيح)، ص٨٤، ابن حجر، **تلخيص الحبير**، ج٣، قال ابن حجر (إسناده صحيح)، ص٤١٤

(5) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٢٦٤.

(6) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص٢٥١.

(7) الصابوني، **مدى حرية الزوجين**، ج٢، ص٧٦٧.

للعيوب، فإذا بعث القاضي الحكمين بذلا جهدهما في تحقيق العدالة بين الزوجين، والتـــي قـــد تتحقق بالإصلاح أو بالتفريق، ما يدل على جواز التفريق عند حصول الشقاق والنـــزاع بـــين الزوجين(١)

ثالثا: أن القاضي بعثهما لتحقيق العدالة بين الزوجين، فكما أن العدالة تتحقق بالإصـــلاح بينهما، فقد تقتضي العدالة أيضا في المقابل التفريق بينهما، فلا يكون من العدالة عدم التفريق بينهما، وليس من العدالة أن يقبل من القاضي حكم الإصلاح ولا يقبل منهما حكم التفريـــق، فإذا قررا التفريق وجب على الحاكم تنفيذ ذلك(٢)

رابعا: أن عجز الحكمين عن الإصلاح بعد أن عرفا المشكلة القائمة بين الزوجين، واستعصى عليهما حلها، رغم بذل الجهد في ذلك يعد دليلا على استحالة الحياة الزوجية بينهما على الوجه الذي أراده الله تعالى، من المودة والرحمة والسكن، وتصبح الحياة الزوجية شقاء لا يطاق، وهذا يخالف مقاصد الشريعة في الزواج، ويخالف وضع الشارع للأحكام وكل ما خالف وضع الشارع فهو باطل، فوجب إنهاء هذا الشقاق ولو بالتفريق بين المتنازعين؛ تحقيقا لمقصد الشارع في بناء الأسرة المسلمة (٣)وعليه فان الضرر إذا كان من الزوج فإنه لا بد من إعطاء حق الخيار للزوجة في التفريق.

الرأي الراجح:

ويرى الباحث ترجيح قول القائلين بإعطاء حق الخيار للزوجة بطلب التفريق للشقاق والنزاع، وتضرر الزوجة، وعدم قدرتها على تحمل ضرر الزوج لها، فإذا تعذر الإصلاح بين الزوجين فإنه يجب إزالة الضرر عن الزوجة، إذ أنها لا تملك الطلاق مثل الزوج، فالزوج يملك الطلاق، ويمكن له أن يزيل هذا الضرر عن نفسه إذا أخلت الزوجة بحقوقها تجاه زوجها، اما إذا أخل الزوج بحقوقه وواجباته تجاه الزوجة فيجب إزالة الضرر عن الزوجة، بإعطائها حق الخيار بطلب التفريق بينها وبين زوجها؛ لأن المقصود من الزواج المودة، والرحمة، والسكينة، والشقاق، والإيذاء، والنزاع من قبل الزوج تنعدم معه المودة والرحمة والسكينة، فكان من تحقيق العدل والحكمة إعطاء حق الخيار للزوجة، بإعطاء خيار التفريق لها.

---

(1) الهندي، **دعوى تفريق للشقاق والنزاع**، ص٤١.
(2) الصابوني، **مدى حرية الزوجين**، ج٢، ص٧٦٦.
(3) عبد الفتاح عمرو، **السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية**، ص٢٣٣.

المطلب الثالث: نوع الفرقة في التفريق للشقاق والنزاع

ذهب القائلون بجواز التفريق بسبب الشقاق والنزاع بين الزوجين؛ وذلك لعجز الحكمين عن الإصلاح الى ان الفرقة التي يوقعها القاضي بناء على تقرير الحكمين تكون طلاقا لا فسخا،[(١)] وقد نص المالكية على نوع الطلاق الذي يوقعه القاضي أنه طلاق بائن، وعللوا ذلك بما يلي:

أولا: الكلي: فكل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بائن.

والثاني: أن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول دفعة، فلم يكن ذلك يفيد شيئا، فامتنعت الرجعة لأجله[(٢)].

حق الخيار للزوجة بطلب التفريق للشقاق والنزاع قانونا:

أعطى القانون للزوجة حق الخيار في طلب التفريق بأن ترفع أمرها إلى القاضي، إذا ادعت الزوجة ضررا يلحقه بها زوجها يتعذر، معه أن تستمر الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسيا كالإيذاء بالفعل، أو القول، أو معنويا كأي أي تصرف يقوم به الزوج أو أي سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة أو أن يخل الزوج بالحقوق والواجبات الزوجية تجاه زوجته.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٦) فقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية: (إذا كان طلب التفريق من الزوجة وتحقق القاضي من ادعائها بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر القاضي الزوج بأن يصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر فإذا لم يتم الصلح بينهما وأصرت الزوجة على دعواها أحال القاضي الأمر إلى حكمين).

وذكر القانون في الفقرات ((ج، د، هـ، و،ز، ح، ط)) ما يشترط في الحكمين وكيفية معالجة الشقاق والنزاع وصلاحية الحكمين واختلافهما وتقديرهما لنسبه الإساءة بين الزوجين وتقدير العوض المستحق على الزوج وبناء على ذلك يحكم القاضي بالتفريق.

نص الفقرة (ج) على انه: (يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين قادرين على الإصلاح وان يكون احدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن وان لم يتيسر ذلك حكم القاضي اثنين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح).

نصت الفقرة (د) على انه (يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر

---

(1) ابن عبد البر **الاستذكار**، ج١٨، ص١١٣، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٣٤٥، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٦١، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٢٦٦.
(2) ابن عربي، **أحكام القران**، ج١، ص٥٤٢.

يوقع عليه فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقراها ودوناها في محـــضر يقدم إلى المحكمة).

نصت الفقرة (ح) على انه: (إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهمـــا أن الإســـاءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه، على أن لا يزيد على المهر وتوابعه وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنه على أن للزوجة أن تطالبه بغير المقبوض من مهرها وتوابعه ونفقة عدتها)

ونصت الفقرة(و) على انه:(إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قـــررا التفريـــق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما للآخر وأن جهل الحال ولم يتمكنا من تقـــدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه من أيهما بشرط أن لا يزيد علـــى مقدار المهر وتوابعه)

ونصت الفقرة (ز) على انه: (إذا حكم على الزوجة بأي عوض وكانت طالبـــة التفريـــق فعليها أن تؤمن دفعه قبل قرار الحكمين بالتفريق ما لم يرض الزوج بتأجيله وفي حال موافقـــة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ويحكم القاضي بذلك أما أن كان الـــزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضا فيحكم القاضي بـــالتفريق والعـــوض وفق قرار الحكمين)

ونصت المادة (ح) على انه:(إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضـــم إليهمـــا ثالثا مرجحا وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية)

ونصت الفقرة(ط) على انه:(على الحكمين رفع التقرير إلـــى القاضـــي بالنتيجـــة التـــي توصلا إليهما وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقا لأحكام هذه المادة)

ونصت المادة(١٢٧)مع مراعاة الفقرة(أ)من المادة(١٢٦)من هذا القانون (يثبت الـــشقاق والنزاع والضرر بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ويكفي فيه الشهادة بالتسامع المبنـــي علـــى الشهرة في نطاق حياة الزوجين)

نوع الفرقة الحاصلة بالشقاق والنزاع قانونا: اعتبر قانون الأحوال الشخصية الفرقة الحاصلة في دعوى التفريق للشقاق والنزاع ((طلاقا))، وقد اخذ برأي المالكية في ذلك.

حالات سقوط حق خيار الزوجة للتفريق للنزاع والشقاق:

أولا: يسقط حق خيار الزوجة إذا رفضت الزوجة دفع العوض الذي قدره الحكمان وكانت الزوجة هي طالبة التفريق[١]

ثانيا: إقرار الزوجة طالبة للتفريق ان في الاستطاعة دوام العشرة بينهما وبين زوجها إذا سلمها حقوقها لأنه يتضمن العدول عن طلب التفريق بما يسقط خيارها بطلب التفريق[٢]

ثالثا: إذا أثبت الزوج بأن الزوجة قد جاءت لبيته وعاشرها بعد أن اقامت دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها فإذا أثبت الزوج ذلك فان حق الخيار للزوجة يسقط[٣]ورد في الحكم الصادر عن فضيلة قاضي الزرقاء الشرعي الدكتور احمد أعمر بعد ذكر لحيثيات الحكم الصادر عنه في دعوى تفريق للشقاق والنزاع ما نصه (.... بناء على الدعوى و الطلب وثبوت دفع وكيل المدعى عليها معاشرة الزوج المدعي للزوجة المدعى عليها معاشرة الأزواج بعد رفعه لدعواه طلب التفريق للشقاق والنزاع المستحكم بينه وبينها لهدم المدعى دعواه بمعاشرته بعد إقامته لهذه الدعوى حكما وردا وجاهيا قابلا للاستئناف)[٤].

رابعا: إقرار الزوجة بالصلح فعلا بينها وبين زوجها[٥] ورد في قرار حكم للدكتور احمد أعمر قاضي الزرقاء الشرعي ما نصه بعد ان ذكر حيثيات حكمه (....وبناء على الدعوى والطلب و الإقرار والتصادق وثبوت إصلاح الحكمين فعليا بين الزوجين في جلسة المصالحة والتحكيم المعقودة من الحكمين بين الزوجين وعملا بالمواد(٧٩)من المجلة والمادتين(٦٧و٧٥)من قانون أصول المحاكمات الشرعية والفقرات(أ و د)من المادة(١٢٦) من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت برد دعوى المدعية ــ المذكورة ألمقامه على زوجها المدعى عليه ــ المذكور

---

(1) أحمد أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤٠٦، عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية** ص٧١ رقم القرار ٧٦٩٣. أحمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٢٥٦ رقم القرار ١٣٤١٣ تاريخ ٦٤/٢/٣

(2) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٧٢ رقم القرار ٨١٣٣.

(3) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٧٧ رقم القرار ١٢٦٩٥.

(4) انظر القرار الصادر عن **هيئة الدكتور احمد أعمر قاضي** الزرقاء الشرعي في الدعوى أساس ٢٠١١/١٠١٩ تاريخ ٢٠١١/١١/٢٠م، وقد صدق الحكم استئنافا بالقرار الاستئنافي رقم ٢٠١٢/٩٦٢-٨٣١٥٦ تاريخ ٢٠١٢/٣/٧.

(5) احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٢٨٢ القرار رقم ٣٥٩٠١ تاريخ ٦/٢٩/ ٩٣.

وموضوعها تفريق للشقاق والنزاع وذلك لحصول الصلح بـين الطـرفين المتـداعيين بعـد أصلاحهما من قبل الحكمين حكما وردا وجاهيا قابلا للاستئناف) [١]

خامسا: يسقط حق خيار الزوجة إذا كان الضرر لا يصل إلى حد الإضرار بحيث لا يـستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين[٢].

سادسا: إذا كان الزوج المدعى عليه محجورا لجنون او عته فليس للزوجة حق الخيار بطلـب التفريق بينها وبينه للشقاق والنزاع يقول الدكتور احمد أعمر قاضي الزرقاء الـشرعي (فـي دعوى تفريق للشقاق والنزاع مقامه من زوجة عاقلة على زوجها المجنون مـا نـصه (..... المحكمة ترى ابتداء ان هذه الدعوى غير مسموعة إذا كانت مقامة من الزوجة العاقلـة علـى زوجها غير العاقل والمحجور عليه ممثلا بالوصي الشرعي عليه او وكيله وذلك لعدة أسباب:

أولا: إن المدعية ادعت إضرار المدعى عليه بها والإضرار المقصود في دعـوى التفريـق للشقاق والنزاع يقتضي أن يكون الضرر الصادر عن الطرف الأخـر مقـصودا ومتعمـدا و المجنون لا يدرك عنه كنه تصرفاته......

ثانيا: إن المقصود بالنزاع والشقاق ان يكون مستحكما تتعذر معه الحياة الزوجية.... وهـذا لا يتصور وجوده إلا بين عقلاء

ثالثا: إن المادة(١٢٦) أوجبت على القاضي والحكمين بذل جهدهما للإصلاح مع الـزوجين و الإصلاح لا يكون إلا بين عقلاء.

رابعا: فقد أشارت المادة(١٢٦) المذكورة إلى إن الحكمين إذا عجزا عن الإصلاح بين الزوجين قدرا نسبة الإساءة حسب ما يريانه إلا إذا جهل الحال فرقا بينهما على العوض الذي يريانه وتحديد نسبة الإساءة بين أقوام لا عقل لهم يميزون به محاوله عاشه ومثلهم من كان تمييزه ناقصا وإدراكه ضعيفا و بالنتيجة فان الدعوى ألمقامه من قبل عاقل على محجور عليه لا تسمع أما الدعوى التي تقام من المحجور عليه عن طريق وليه أو وصيه على كامل الأهلية...... يسار فيها على الوجه الشرعي) [٣]

---

(1) انظر الحكم وهو صادر بتاريخ ٢٠١٣/٣/١٤، رقم إعلام الحكم ١٥٩/٧/٢٩٣، محكمة الزرقاء الشرعية **هيئة، القاضي احمد أعمر**، رقم الدعوى ٢٠١٢/٢٢٧٧.

(2) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٧١ رقم القرار ٧٥٥٦.

(3) انظر الدعوى رقم أساس ٥٤١٥/ ٢٠١٢، **هيئة القاضي احمد أعمر**، صدر الحكم بتاريخ ٨ /٢٠١٢/١١

التطبيق العملي لحق خيار الزوجة لطلب التفريق للنزاع والشقاق.

لدى محكمة.......... الشرعية / القضايا

المدعية:.............. وكيلها المحامي:..............

المدعى عليه:............ وعنوانه للتبليغ:...............

موضوع الدعوى: التفريق للشقاق والنزاع.

الوقائع:

إن المدعى عليه هو زوجي الداخل بي بصحيح العقد الشرعيّ، وقد تولد بيني وبينه نزاع وشقاق ومستحكم تتعذر معه الحياة الزوجة، وقد تدخل المصلحون للإصلاح بيننا إلا أنهم عجزوا عن ذلك، وقد شاع الشقاق والنزاع المستحكم بيننا، وانتشر بين الأهل والجيران والأقارب وقد أضر بي إضرارا قولا وفعلا، بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية بيننا.

الطلب:

أطلب الحكم في التفريق بيني وبينه بطلقة واحدة بائنة للشقاق والنزاع المستحكم عملا بالمادة ١٢٦و ١٢٧ من قانون الأحوال الشخصية الأردني، وتضمينه الرسوم والمصاريف وإجراء الإيجاب.

إجراءات الدعوى:

١- تبليغ المدعى عليه إما أن يحضر ويقر بالدعوى، وإما أن يغيب وينكر الدعوى إذا كان حاضرا تكلف المدعية الإثبات، فإن أثبتت الدعوى بالبينة المقنعة بذل القاضي جهده بالإصلاح بينهما فإذا لم يمكن الإصلاح بينهما أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها وتؤجل الدعوى مدة لا تقل شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما تحيل المحكمة الأمر إلى حكمين، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة وإن لم يتيسر ذلك بعد تحري المحكمة عمن يصلح للتحكيم من أهلي الزوجين حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح، ويبلغهما حسب الأصول للقيام بعملهما وهما بدورهما يجتمعان بالزوجين ويقدمان تقريرهما للقاضي.

٢- يجب أن يتضمن تقرير الحكمان أنهما بحثا فيه أسباب النزاع والشقاق بين الزوجين وحققا فيه، وأنهما قد توصلا للصلح بين الزوجين بطريقة مرضية، أو أنهما عجزا عن الإصلاح، وعندئذ يقرران التفريق بينهما على العوض المناسب فإذا ظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قرر التفريق بينهما على العوض الذي يريانه، على أن لا يقل عن المهر وتوابعه.

٣- فإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقها بنفسه.

٤- وإذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما.

٥- وإن جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه الأخذ من أيهما.

٦- وإذا حكما على الزوجة بأي تعويض، وكانت هي طالبة التفريق فعليهما أن تؤمن دفعة لدى المحكمة باسم زوجها قبل قرار الحكمين بالتفريق ما لم يرض الزوج بتأجيله. وفي حالة تأمينه أو موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق وإذا كان الزوج هو طالب التفريق في هذه الدعوى وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضا فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمان.

٧- و بتأكيد الزوجة على الحكم بمضمون قرار الحكمين يكون الزوجة قد اكدت على اختيارها طلب التفريق بإصرارها عليه فإذا رأى القاضي أن قرار الحكمين موافق للأصول فيصدقه، ويحكم بمقتضاه بطلقة بائنة بين الزوجين للشقاق والنزاع.

القرار

بناء على الدعوى والطلب والتصادق والبينتين الخطية الرسمية المبرزة و الشخصية المستمعة المقنعة وتقرير الحكمين الموافق للأصول القانونية وعملا بالمواد ٦٧و٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية و ١٢٦و ١٢٧ من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه بطلقة واحدة بائنة، للشقاق والنزاع المستحكم على العوض الذي قدره الحكمان لها عليه والبالغ.......... وأن لها الحق بمطالبته به وعليها العدة الشرعية، اعتبارا من تاريخه ادناه حكما وجاهيا، قابلا للاستئناف، وتابعا له موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية افهم للطرفين.

المبحث العاشر

حق الخيار للزوجة لعيب في الزوج

المطلب الأول: تعريف العيب لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف العيب لغة:

العينُ والياءُ والباءُ أصلٌ صحيحٌ، فيه كلمتان، أحدُهما: العيبُ، والأخرى العيبةُ، وهما متباعدتان، فالعيبُ في الشيءِ معروفٌ، تقولُ عابَ فلانٌ فلاناً يعيبهُ ورجلٌ عيابةٌ: وقاعٌ في الناس، وعابَ الحائطَ وغيرَهُ: إذا ظهرَ فيه عيبٌ، والعابُ: العيبُ، والكلمةُ الأخرى، العيبةُ عيبةُ الثيابِ وغيرِها، وهي عربيةٌ صحيحةٌ.[1] العيبُ والعيبةُ: الوصمةُ[2].

الفرع الثاني: تعريف العيب في الزواج اصطلاحا:

تعريف العيب في النكاح ((هو ما يخل بمقصوده الأصلي كالتنفير عن الوطء وكسر الشهوة))[3].

عرفه بعض المعاصرين بأنه ((العيب نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية))[4].

الفرع الثالث: تعريف خيار العيب في الزواج:

لقد اقتصر الفقهاء تعريف خيار العيب في البيع دون سائر العقود ولكن عرفه بعض الفقهاء في عقد الزواج بأنه: ((هو تمكين أحد الزوجين من رد صاحبه؛ لعيب يظهر، تغلب السلامة منه عادة))[5] وعرفه البعض وخصه للزوجة بأنه: ((حق يثبت للزوجة بفسخ عقد الزواج؛ لوجود عيب بزوجها، يمنعها من الاستمرار بالحياة الزوجية))[6].

---

(1) ابن فارس، **معجم مقياس اللغة**، ج٤، ص١٨٩.

(2) ابن منظور، **لسان العرب**، ج١، ص٦٣٣، احمد رضا، **معجم متن اللغة**، ج٤، ص٢٣٤.

(3) شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي، **حاشية القليوبي**، الطبعة الثالثة، ١٣٧٥هـ ١٩٥٦م، شركة ومكتبة ومطبعة البابي الحلبي والاولاده، مصر، ج٢، ص ١٩٧

(4) على حسب الله، **الفرقة بين الزوجين**، ص١٢٠ معوض عبد التواب، **الموسوعة النموذجية في الدفوع**، ج٣، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، ص٤٠٣، احمد عبد الهادي أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص، ٤١٤، حاشية رقم (٥)

(5) الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص٢٣٥.

(6) السغدي، **النتف في الفتاوى**، ج١، ص٣٠١.

المطلب الثاني: أقسام العيوب المثبتة لحق الخيار للزوجة

بما أن حق الخيار يثبت للزوجة بطلب التفريق بسبب العيوب فلا بد أن نذكر العيوب الخاصة بالرجل:

أولا العيوب الخاصة بالرجل:

أ) **الجب:**

عرفه الحنفية ((الذي استؤصل ذكره وخصيتاه من الجب، وهو القطع))[1].

عرفه المالكية ((قطع الذكر والأنثيين))[2].

عرفه الشافعية ((مقطوع جميع الذكر، أو لم يبق منه قدر الحشفة))[3].

عرفه الحنابلة ((أيضا مقطوع الذكر كله أو بعضه))[4].

ب) **الخصاء:**

ج) عرفه الحنفية ((الذي سلت خصيتاه، وبقيت آلته))[5].

عرفه المالكية بأنه: ((قطع الذكر دون الأنثيين او العكس))[6].

عرفه الشافعية بأنه ((مقطوع البيضتين، مع بقاء الذكر))[7].

عرفه الحنابلة بأنه ((وهو الذي قطعت، ورضت، وسلت خصيتاه فإنه لا ينزل، ولا يولد له)) [8]

د) **العنة:**

عرفها الحنفية)(وهو من لا يقدر على جماع فرج زوجته؛ لمانع منه ككبر سن، أو سحر))[9]

عرفها المالكية) (هو صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع))[10]؛

---

(1) الميداني، **اللباب في شرح الكتاب**، ج٣، ص٢٥، **الهداية شرح البداية**، ج٣، ص ٣٢٧

(2) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ٢٧٨، القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٢٢٨، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥١٧.

(3) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٢، الماوردي، **الحاوي**، ج ٩، ص٣٤٠

(4) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦١، الرحيباني، **مطالب أولى النهى**، ج٥، ١٤١

(5) الميداني، **اللباب**، ج٣، ص٢٦، المرغياني، **الهداية شرح البداية**، ج٣، ص ٣٢٧

(6) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ٢٧٨، ابن جزي، **القوانين الفقهية**، ج ٢، ص٣٥٥، القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٤٢٨.

(7) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٧١، الماوردي، **الحاوي**، ج ٩، ص٣٤٠

(8) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٨٥، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص ٢٤٦٥

(9) الحصكفي، **الدر المختار**، ص٢٤٤، المرغياني، **الهداية شرح البداية**، ج٣، ص٣٢٥، الميداني، **اللباب في شرح الكتاب**، ج٣، ص٢٥

(10) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٢، ص٢٧٨، القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٤٢٨.

وعرفها الشافعية) (هو العاجز عن الوطء في القبل خاصة))[1].

وعرفها الحنابلة ((هو العاجز عن الإيلاج))[2].

القسم الثاني: العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة:

أ) **الجنون:** وهو زوال العقل[3]. وزوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء[4].

ب) **البرص:**

عرفه الحنفية ((هو بياض يظهر في البدن، ويكون في بعض الأعضاء دون بعض، وربما يكون في سائر الأعضاء حتى يكون ظاهر البدن كله أبيض))[5]

عرفه الشافعية ((بياض شديد يبقع الجلد، ويذهب دمويته))[6]

عرفه الحنابلة ((البرص بفتح الباء والراء مصدر برص بكسر الراء:إذا ابيض جلده أو اسود بعلة))[7].

ج) **الجذام:** وهو علة يحمر منها العضو، ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو لكنه في الوجه أغلب [8]

د) **العذيطة:** ((تغوط عند الجماع))[9]

ه) **الخنوثة** ((هو الذي له ذكر رجل، وفرج امرأة))[10]

و) **العقم** ((العجز عن الانسال مع استكمال المتعة الجنسية بين الزوجين))[11]

---

(1) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٢، الماوردي، **الحاوي**، ج ٩، ٣٦٨

(2) ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص٨٢، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦١.

(3) العيني، **البناية**، ج٥، ص٣٩٨.

(4) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٢، الرملي **نهاية المحتاج**، ج ٦، ص ٣٠٨

(5) العيني، **البناية**، ج٥، ص٣٩٨.

(6) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص ٢٠٢ الرملي، **نهاية المحتاج**، ج ٦، ص ٣٠٩

(7) **المطلع على أبواب المقنع**، شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي، صنع: محمد بشير الأدلبي، الطبعة الثالثة، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م، المكتب الإسلامي، بيروت، ص ٣٢٤

(8) العيني، **البناية**، ج٥، ص٣٩٨، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٢، البعلي، **المطلع على أبواب المقنع**، ص ٣٢٤

(9) الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص٢٣٦، القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٤٢١، الرملي **نهاية المحتاج**، ج ٦، ص ٣١٠

(10) العمراني، **البيان**، ج٩، ص٧٦، البعلي، **المطلع على أبواب المقنع**، ص ٣٠٨

(11) الصابوني، **مدى حرية الزوجين**، ج٢، ص٦٧١.

المطلب الثالث: حق الخيار للزوجة في طلب التفريق لعيوب في الزوج:

اتفق الفقهاء المذاهب الأربعة على إعطاء حق الخيار للزوجة بطلب التفريق للعيوب في الزوج [1]،

الأدلة: أولا: من الكتاب

الدليل الأول: قوله تعالى ((الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ))[2].

دلت الآية على ثبوت حق الخيار للزوجة في المطالبة بالتفريق، لأن على الزوج أن يمسك زوجته بالمعروف، وأن يوفيها حقها من الجماع، فإذا عجز عن ذلك تعين عليه التسريح بالإحسان، وبذلك أثبت لها حق الخيار؛ لإزالة ظلم التعليق عنها بأن تبقى لا ذات بعل، ولا مطلقة[3].

فإن أبى تسريح الزوجة بإحسان أنيب القاضي منابه في التسريح [4]، وذلك في زوجة العنين إذا مضت المدة ولم يصل إليها، وتبين أن العجز بآفة أصلية [5]

الدليل الثاني: قوله تعالى (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[6]

وجه الدلالة: أن للزوجة حق في الاستمتاع، فإذا وجدت مانعا منه أو من كماله كان لها الخيار: كالرجل، والاعتبار بالجب والعنة[7].

وعليه يثبت حق الخيار للزوجة كما يثبت للزوج إذا وجد بها عيوبا مانعة من الاستمرار بالزواج.

ثانيا من السنة:

١- عن سعيد بن ميناء قال سمعت أبا هريرة يقول " قال رسول الله ﷺ": لا عدوى، ولا طيرة، ولا هامة، ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد"[8].

---

(1) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص٩٧، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٩٥، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص٢٢٥، السعدي، **النتف في الفتاوى**، ج١، ص٣٠١، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥١٥، ابن جزيء، **القوانين الفقهية**، ج٢،، ص٣٥٤، الدر دير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٦٧، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص٢٣٥ – ٢٣٧، الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٢، ص٢٧٧ الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٣٣٨، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٥، النووي، **روضة الطالبين**، ج٥ ص٥١٢، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٢، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٥٦، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦١، ابن قدامة، **الكافي**، ج٤، ص٢٩٥، ابن مفلح المقدسي، **الفروع**، ص١٢٨١، ابن ضويان، **منار السبيل**، ج٢، ص١٧٨.

(2) البقرة آية رقم ٢٢٩.

(3) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص٩٧.

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٨٧.

(5) ابن همام، **شرح فتح القدير**، ج٤، ص٢٦٨.

(6) **البقرة آية رقم ٢٢٨.**

(7) ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥١٥.

(8) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الطب، باب الجذام، ج ٥، رقم الحديث ٥٣٨٠، ص٢١٥٨

فقد أثبت النبيﷺ: بأنه إذا أصيب الزوج بالجذام فان ذلك يعطي للزوجة حق الخيار في فسخ العقد؛ لأنه من العيوب المشتركة بين الزوجين(١).

قال بعض العلماء:في هذا الحديث وما في معناه دليل على أنه يثبت للمرأة الخيار في فسخ النكاح إذا وجدت زوجها مجذوما أو حدث به جذام(٢).

٢- عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)(٣).

وجه الدلالة: ان عدم إعطاء الزوجة حق الخيار يؤدي إلى التناقض، وذلك محال، لأن الله تعالى أوجب على الزوج إمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان، فإذا كان إمساك الزوجة مع العيوب في الزوج يؤدي إلى الإضرار بها، ولا يرتفع هذا الضرر إلا بإعطاء الزوجة حق الخيار في التفريق كان لها ذلك(٤).

ثالثا: الإجماع:

أجمع الصحابة على ثبوت حق الخيار للزوجة بالجب، والعنة(٥)

رابعا: من آثار الصحابة:

بعث عمر بن الخطاب رجلا على السعاية، فأتاه، فقال: تزوجت امرأة، فقال: أخبرتها أنك عقيم، لا يولد لك، قال: لا قال: فأخبرها، وخيرها (٦)

وجه الدلالة: يثبت حق الخيار للزوجة إذا وجدت زوجها عقيما.

خامسا: القياس:

قياس (العيوب في عقد الزواج)على (العيوب في البيع)، كما أنه يثبت الخيار في العيوب في البيع فإنه يثبت في عقد الزواج؛ لأن كل عيب يتضرر منه الزوجان تجاه الآخر، ولا يحصل به مقصود الزواج من الرحمة والمودة يوجب الخيار(٧).

---

(1) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٢.

(2) **مسلم**، **صحيح مسلم بشرح النووي**، الطبعة الأولى، ج١٤، مؤسسة قرطبة، ١٤١٢هـ ١٩٩١م كتاب السلام باب اجتناب المجذوم ونحوه، ص ٣٢٧، ٣٢٨، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، يحيى بن شرف بن مسرى النووي، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٣٩٢، هـ، ج١٤، ص٢٢٨.

(3) سبق التخريج صفحة رقم ٥١.

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٨٧.

(5) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٨٧، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، **تبيين الحقائق**، ج٣، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق مصر المعزية سنة، ١٣١٣هـ، ص٢٥، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٣، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٥٦-٨٢، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦١.

(6) عبد الرزاق، **المصنف**، باب الرجل العقيم، ج٦، ص ١٦٢ رقم ١٠٣٤٦، قال الارنؤوط في تخريجه كتاب **زاد المعاد**، ابن قيم، ج٥، ص١٨٢، رجاله ثقات

(7) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٤، ص٢٧٣، ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص٥٠، الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٣٤٠، الرملي المنوفي، **نهاية المحتاج**، ج٦، ص٣١٠، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص١٨٣.

سادسا: من المعقول:

أن الزوج لو منع حق الزوجة في الجماع بقصد الإضرار بها كما في الإيــلاء كــان ذلــك موجبا للفرقة، فكذلك إذا تضررت بعدم إيفاء حقها بالجب والعنة فإنه يثبت لها حق الخيار بذلك(١)

القول الثاني: يرى عدم جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب مطلقا، سواء أكان العيب من المرأة أو الرجل وجد قبل الدخول، أو بعد الدخول، والى ذلك ذهب ابن حزم الظاهري(٢).

إلا أن ابن حزم أعطى الزوجة حق الخيار بالفسخ لذلك إن اشترطت في العقد الــسلامة من العيوب إذ يقول ((إذا اشترط الزوج أو الزوجة في عقد النكاح السلامة من العيوب فوجــد عيبا أي عيب كان فهو نكاح مفسوخ، مردود، لا خيار له في إجازته، ولا صــداق فيــه، ولا ميراث، و لا نفقة، دخل أو لم يدخل؛ لأن التي دخلت عليه غير التي تزوج، ولان السالمة غير المعيبة بلا شك، فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهم))(٣).

أدلة القول الثاني:

أولا: من الكتاب:

قوله تعالى ((فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ)) (٤)

وجه الدلالة:

أن الأصل في عقد الزوج البقاء، فلا يزول إلا بدليل ولا يوجد دليل من القرآن، ولا من السنة في التفريق بين الزوجين للعيوب، ومن فرق بين الزوجين لعيوب فيهما فانه فرق بينهما بغير قرآن أو سنه ثابتة، ويكون داخلا في صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله(٥).

مناقشة ذلك:

هذه الآية نزلت في شان السحر والسحرة، الذين يتصرفون من الأفاعيل المذمومــة مــا أنهم ليفرقون به بين الزوجين مع ما بينهما من الخلطة والائتلاف، وهذا من صنع الــشياطين، وسبب التفريق بين الزوجين بالسحر ما يخيل إلى الرجل أو المرأة من الآخر من سوء منظر، أو خلق، أو نحو ذلك من الأسباب المقتضية للفرقة (٦) أما التفريق بين الزوجين للعيوب فقــد دلت عليها عموميات الكتاب والسنة المؤكدة وقواعد الشريعة العامة، وسبب التفريق هو رفــع الضرر عن احد الزوجين.

---

(1) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص٩٧.
(2) ابن حزم، **المحلى**، ج ١٠، ص٥٨، ١٠٩.
(3) ابن حزم، **المحلى**،، ج ١٠، ص ١١٥
(4) البقرة الآية ١٠٢
(5) ابن حزم، **المحلى**، ج١٠، ص٦١
(6) ابن كثير، **تفسير القران العظيم**، ج١، ص ٣٦٣-٣٦٤، ابن عربي، **أحكام القران**، ج١، ص ٤٨

من السنة النبوية: عن عروة بن الزبير أن عائشة أخبرته: ((أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول اللهﷺ فقالت يا رسول الله، إن رفاعة طلقني، فبت طلاقي ،وأني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي، وإنما معه مثل الهدبة: فقال رسول اللهﷺ: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى يذوق عسيلتك، وتذوقي عسيلته))[1].

وجه الدلالة: أن تلك المرأة ادعت العنه على زوجها، ورسول الله لم يثبت لها الخيار، ولو لم يقع النكاح لازما لأثبت الخيار[2].

مناقشة ذلك:

إن الحديث في غير محل النزاع، لأن الحديث جاء لبيان حكم شرعي بينه رسول اللهﷺ وهو أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها إلا بعد زوج آخر، يطأها، وتذوق من عسيلته، ويذوق من عسيلتها[3].

الرأي الراجح

ويرى الباحث ترجيح القول القائل بإعطاء حق الخيار لزوجه للتفريق بينها وبين زوجها لوجود عيب في الزوج يمنع استمرار في الحياة الزوجية وذلك كما يلي:

أولا: لقوة الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول، وضعف ما استدل به المانعون.

ثانيا: إن في حبس الزوجة، مع وجود العيب من شأنه أن يؤدي إلى إلحاق الضرر بالزوجة، واستحالة الحياة الزوجية، فتعين إعطاؤها حق الخيار في طلب الفسخ لرفع هذا الضرر.

ثالثا: ولأن إعطاء حق الخيار للزوجة لطلب الفسخ للعيوب في الزوج يوافق المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، ويرفع الضرر الذي يلحق بها.

المطلب الرابع: شروط حق الخيار للزوجة بالفسخ للعيب

الشرط الأول:

أن لا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت العقد أو قبله، فان كانت عالمة فإن حقها في الخيار يسقط، وهذا رأي الجمهور[4].

---

(1) سبق تخريجه صفحة ٨٧.
(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٨٦– ٥٨٧.
(3) الصابوني، **مدى حرية الزوجين**، ج٢، ص٦٥١.
(4) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص١٠٤، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص٢٢٧، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٩٢، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٢٧٧، الدر دير، **الشرح الصغير**، ج٢ ص٤٦٧، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٣، العمراني، **البيان**، ج٩، ص٢٩٦، الرافعي القزويني، **العزيز شرح الوجيز**، ج٨، ص١٣٦، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٤، ابن قدامة، **الكافي**، ج٤، ص٢٩٧ البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص ٢٤٦٦.

واستثنى الشافعية العنة، فلو علمت الزوجة بعنة زوجها قبل العقد فيثبت لها حق الخيـــار في الفسخ بعده؛ لأن العنة تحصل في حق امرأة دون أخرى، وفي نكاح دون نكاح، ويثبت حق الخيار لزوجة العنين وإن كان قادرا على جماع غيرها [١]

الشرط الثاني: أن لا ترضى الزوجة بالعيب بعد أن تتطلع عليه، سواء كان رضاها صـــراحة بان تقول الزوجة رضيت به على عيبه أو أسقطت خياري، أو ضمنا بان تمكنه الزوجـــة مـــن نفسها، فإن رضيت بذلك صراحا أو ضمنا فلا خيار لها [٢]

الشرط الثالث:

خلو صاحب الحق في الخيار من العيب، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: خلو الزوجة من العيوب، فإذا كانت الزوجة رتقاء، أو قرناء فلا يثبت لهـــا حق الخيار في طلب التفريق بسبب عيوب الزوج من عيوب الجب والعنة، وبهذا يكون المـــانع من الزوجة هذا عند الأحناف [٣]

أدلة هذه القول: ان المانع متحقق منهما جميعا، وعلى فرض سلامه الزوج فـــلا يثبـــت الزوجة الخيار لأنه لا حق في الوطء وإنما حقها في الاستمتاع والمساس وهذا حاصـــل فـــي الجب الخصاء[٤].

القول الثاني: يثبت للزوجة حق الخيار إذا كان بها عيب من مماثـــل لعيـــب زوجهـــا: بمعنى أن يكون الزوجان مجنونين، أو برصين او من غير جنسه، والى هذا ذهب المالكيـــة[٥]، وقول عند الشافعية[٦]، وقول عند الحنابلة[٧].

أدلة القول الثاني:

١- الضرر متحقق في الطرفين واجتماع المرض على المرض يؤثر وزيادة[٨].

٢-لان النفس تعاف من عيب غيرها وان كان بها مثله[٩].

---

(1) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٣.

(2) السعدي، **النتف في الفتاوى**، ج١، ص٣٠٢، السرخسي، **المبـــسوط**، ج٥، ص١٠٤، الكاســـاني، **بـــدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٩٤، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص٢٣٥، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٦٧ الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٧، ابن قدامة، **المغنـــي**، ج١٠، ص٦١، ابـــن قدامـــه، **الكـــافي** ج٤، ص٢٩٧-٢٩٨.البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦٧، بن ضويان، **منار السبيل**، ج٢، ص١٨٠.

(3) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص١٠٤، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص ٢٢٧.

(4) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص ٢٢٧.

(5) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٢٧٧

(6) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٦

(7) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٠.

(8) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٦، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٣

(9) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٠

٣-يثبت الخيار لوجود سببه هو العيب فإذا وجد السبب وجد المسبب هو الخيار [١].

القول الثالث: لا يثبت حق الخيار للزوجة إذا وجد بها عيبا مماثلا لعيب الزوج، وهو قول عند الشافعية[٢]، وقول عند الحنابلة[٣].

دليل هذه القول: ليس لها الخيار لأنها متساوية في النقص للعيب الموجود في الزوج[٤].

الرأي الراجح:

ترجيح القول القائل بثبوت الخيار متى وجد العيب سواء كان متماثلين أو من جنسين مختلفين لأنه متى وجد سبب وجد المسبب.

الشرط الرابع:

أن تطلب الزوجة من القاضي التفريق بينها وبين زوجها[٥].

الشرط الخامس:

أن يكون العيب قديما موجودا عند العقد أو قبل العقد.

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن العيب القديم السابق للعقد او المرافقة له بأنه يحق للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي لطلب فسخ عقد الزواج به[٦].

وقد اختلف الفقهاء في العيوب الطارئة على عقد الزواج، هل يثبت الخيار للزوجة بعيوب الرجل الحادثة بعد عقد الزواج؟؟ نقول إن عيوب الرجل منها ما هو خاص مثل ((العنة، و الاعتراض، و الجب، و الخصاء))، ومنها ما هو مشترك بين الزوجين مثل ((البرص والجنون الجذام.........)):

١- أما عيوب الرجل الخاصة الطارئة عليه: فأما أن تكون قبل الوطء وإما أن تكون بعد الوطء.

أ- أما العيوب الطارئة على الرجل بعد العقد وقبل الدخول فإن فقهاء المذاهب الاربعة اتفقوا على ثبوت حق الخيار للزوجة بها[٧].

---

(1) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٠.
(2) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٦
(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٠.
(4) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٦، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٠.
(5) العيني، **البناية**، ج٥، ص٣٩٢، ١٥٤، الميداني، **اللباب شرح الكتاب**، ج٣، ص٢٥، الحطاب، **مواهب الجليل**، ج٥، ص ١٥٤، **مغني المحتاج**، ج٣، ص، ٢٠٦، الرحيباني، **مطالب أولى النهي**، ج٥، ص١٥١.
(6) السغدي، **النتف في الفتاوى**، ج١، ص٣٠٢، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٢٧٧، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص٢٣٥، الرافعي القزويني، **العزيز شرح الوجيز**، ج٨، ص١٣٧، ابن قدامة، **المغني** ج١، ص٦١.
(7) الموصلي، **الاختيار لتعليل المختار**، ج٣، ص١١٨-١١٩، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٢٧٩.الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٣، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٠.

ب- العيوب الخاصة بالرجل الطارئة على الزوج بعد الدخول اختلف فيها الفقهاء: هل يثبت للزوجة حق الخيار بها أم لا؟ على قولين:

القول الأول: يثبت للزوجة بالعيوب الخاصة بالرجل الحادثة بعد الدخول حق الخيار، إلا أنهم استثنوا من عيوب الرجل العنة، فإن حصل بها دخول فلا يثبت لها حق الخيار بذلك: وإلى ذلك ذهب الشافعية والحنابلة في قول[1].

ادلة هذا القول:

١- إن ما ثبت فيه الخيار إذا كان موجودا حال العقد ثبت به الخيار قياسا على خيار الإعسار بالمهر والنفقة[2].

٢- أن عقد الزوج عقد على منفعه هو ((استمتاع كل من الزوجين بالآخر))فحدوث العيب يثبت الخيار قياس له على عقد الإجارة[3].

القول الثاني:عدم ثبوت حق الخيار للزوجة في العيوب الطارئة على الزوج بعد الدخول، هذا مذهب الحنفية[4]، المالكية[5]، وقول عند الحنابلة[6].

أدلة هذا القول:

١- ان هذه العيوب قد حدثت بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه بالعيب الحادث بالمبيع[7].

مناقشة ذلك:

بأن هذا ينتقض بالعيب الحادث في الإجارة، كما اذا حدث عيب حادث في في عقد الإجارة يثبت الخيار فانه إذا حدث عيب حادث في عقد الزواج فانه يثبت فيه الخيار بجامع إنهما عقد على منفعه فحدوث العيب يثبت الخيار[8].

٣- إن حق الزوجة في الوطء يثبت مرة واحدة على الزوج فإذا استوفت حقها في الوطء وعجز بعد ذلك فلا يثبت لها الخيار[9]

---

(1) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٦، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٣، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦٦.
(2) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٦، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦٦.
(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص ٦٠.
(4) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص١٠٣، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص٢٢٧.
(5) الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٢٧٩.
(6) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦١، ابن قدامة، **الكافي**، ج٤، ص٢٩٧.
(7) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦١.
(8) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦١.
(9) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص ٥٩٢

نوقش ذلك من عدة وجوه:[١]

الوجه الأول: إن حق المرأة في الوطء المستحق لها في عقد النكاح لا يقف عند المرة واحـــدة طوال حياتها الزوجية، وإنما المستحق لها بعقد النكاح وطء الكفاية الذي هو أكثر من مرة.

الوجه الثاني: ان مقاصد النكاح اعفاف الزوجة واعفاف الزوج و إيجاد النسل وهذه المقاصد لا تحصل بالوطء مرة واحدة فإذا كان السبب هو الزوج وجب التفريق إن أرادتـــه الزوجـــة لتحقق مقاصد النكاح بزواجها من آخر.

الوجه الثالث: إمساك الزوجة بلا وطء ما عده مرة واحده ضرر عليها قطعا والضرر يـــزال وإزالة هذه الضرر بإعطاء الزوجة حق الخيار في الفسخ.

الرأي الراجح:

أرى ترجيح القول القائل بثبوت الخيار للزوجة بعيوب الزوج الخاصة والحادثة بعـــد الـــدخول لما استدلوا به وذلك لتحيق مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج ورفع الضرر عن المرأة.

ثانيا: أما العيوب المشتركة بين الزوجين كالبرص والجذام وغيرها الطارئة على الزوج بعـــد الدخول:هل يثبت بها حق الخيار للزوجة:

اتفق الجمهور[٢] على ثبوت حق الخيار للزوجة في فسخ عقد الزواج بهذه العيوب، إلا أن الحنفية لا يفرقون إلا بالعيوب الخاصة بالرجل، وهذا عند أبي حنيفة، وأبي يوســـف، أمـــا محمد فإنه يثبت الخيار لها[٣].

المطلب الخامس: كيفية إثبات العيب المجيز للزوجة حق الخيار

حتى نقول بحق الخيار للزوجة بعيوب في زوجها فلا بد من أن ترفـــع أمرهـــا إلـــى القاضي، وأن يثبت لدى القاضي العيب المجيز للفسخ.

ويثبت العيب عند القاضي بإحدى الطرق التالية:[٤]

أولا: إقرار الرجل بالعيب أمام القاضي: كبقية الحقوق الأخرى، بشرط أن يكون مكلفـــا، وتكون المرأة غير معيبة بعيب مماثل.

ثانيا: البينة على إقرار الرجل أنه عنين.

ثالثا: يمين المرأة بعد نكول الرجل عن اليمين.

---

(1) زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم**، ج٩، ص ٤٦

(2) الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٧٠، الشيرازي، **المهذب** ج٤، ص١٦٦، البهوتي، **كشاف القنـــاع**، ج٧، ص٢٤٦٦.

(3) السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص٢٢٥

(4) فؤاد جاد الكريم محمد وعبد الصبور خلف الله محمد، **حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية**، الناشر مكتبة مدبولي، ص٣١-٣٢.

رابعا: إذا عدمت وسائل الإثبات السابقة فانه يمكن معرفة هذه العيوب بالجس فوق العيب بظاهر اليد لا بباطنها؛ لأن باطن اليد اللذة بذلك، فلا يرتكب مع التمكين من العلم من ذلك بظاهر اليد، أو يأمر القاضي من ينظر إليه فيخبر بحاله"

المطلب السادس: وقت خيار العيب

وبما أننا نتحدث عن حق الخيار للزوجة، فهل يثبت لها الحق بالفسخ على التراخي أي بعد العلم به دون الرضا به صراحة أو دلالة؟ أو يثبت لها هذا الحق فور العلم به؟ فإذا تراخت بعد العلم يسقط هذا الحق؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إنما يثبت حق الخيار للزوجة بعد العلم به على التراخي، فانه في أي وقت يكون لها الحق في رفع أمرها إلى القاضي لفسخ عقد الزواج إذا لم يدل على الرضا به صراحة أو دلالة، هذا مذهب الحنفية[١]، والحنابلة [٢]

الأدلة التي استدل بها أصحاب هذا القول:

أولا: أن خيار العيب على التراخي لرفع ضرر متحقق: كخيار القصاص [٣]

ثانيا: أن التراخي للزوجة في طلب التفريق لها قد كان للتجربة والامتحان، لا إلى الرضائية بالعيب[٤].

القول الثاني: "إن حق الخيار يثبت للزوجة على الفور في الفسخ، فإذا دل منها على الرضا بعد العلم بالعيب أو السكوت عنه فترة من الزوجة على عيب الزوج فإن حقها في الخيار يسقط، وهذا مذهب المالكية[٥]، والشافعية[٦]، إلا في زوجة المعترض عند المالكية فإنه يؤجل سنة[٧].

أدلة أصحاب القول الثاني:

أولا: أن هذه العيوب عرف الحظر في الفسخ بها من غير فكر، ولا ارتياء، فجرى مجرى العيوب في البيع، التي يثبت فيها الخيار على الفور[٨].

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٩٤-٥٩٥، ابن عابدين، **رد المحتار**، ج٥، ص١٧٢، الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٣، ص٢٣

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج١، ص٦١، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦٦، بن ضويان، **منار السبيل**، ج٢ ص١٨٠، الرحيباني، **مطالب أولي النهي**، ج٥، ص١٥٠.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٢، الرحيباني، **مطالب أولي النهي**، ج٥، ص١٥٠.

(4) الزيلعي، **تبين الحقائق**، ج٣، ص٢٣.

(5) ابن جزي، **القوانين الفقهية**، ج٢، ص٣٥٥، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٢٧٧.

(6) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٧، الماوردي، **الحاوي**، ج٩، ص٣٤٨، الشربيني، **مغني المحتاج** ج٣ ص٢٠٤، النووي، **روضة الطالبين**، ج٥، ص٥١٥.

(7) ابن جزي، **القوانين الفقهية**، ج٢، ص٣٥٥.

(8) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٣٤٨، الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٧.

مناقشة ذلك:

الضرر في المبيع غير متحقق؛ لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته، ويحصل ذلك مع عيبه، أما في الزواج فالمقصود الاستمتاع، ويفوت ذلك بعيب الزوج[1]؛ ولأن الأصل في النكاح اللزوم ورغبة الشرع فيه البقاء والاستمرار لا الفسخ والانقطاع؛ ولأن حق الفسخ رخصه لمستحقه من الزوجين، وقد يحتاج مستحق هذه الرخصة، لاسيما الزوجة فهي تحتاج إلى التأمل والصبر والانتظار إلى بعض الوقت لمصلحة يراها صاحب الحق في الفسخ، وهو أعرف بمصلحته من غيره، ولا يترتب على التراخي ضرر[2].

الرأي الراجح:

أرى ترجيح القول القائلين بأن خيار العيب في الزواج يثبت على التراخي لان عقد الزواج الأصل فيه اللزوم والبقاء والقول بالفورية يؤدي إلى استعجال المنازعات والتفريق ولان القول بالتراخي لا يسقط حق صاحب الخيار في الفسخ لأنه بحاجة إلى التأمل والتفكير للمصلحة ومصلحة الأسرة وان الحياة الزوجية لابد وان تقوم على التراحم والتكافل والصبر.

المطلب السابع: نوع الفرقة بسبب العيوب ((هل هي طلاق ام فسخ))

اختلف الفقهاء في نوع الفرقة بسبب العيوب على قولين:

القول الأول: إن الفرقة بسبب العيوب:"طلاق بائن"، وهو مذهب الحنفية[3]، والمالكية[4].

أدلة هذا القول:

أولا: أنها فرقة لعدم الوطء، فكانت طلاقا: كفرقة المولي [5]

ويناقش:

أ) "إن هذا خيار ثبت لأجل العيب فكان فسخا: كفسخ المشتري لأجل العيب"[6].

ب) أن الفرقة بالعيب تكون طلاقا بائنا: لأن الغرض من هذا التفريق تخليصها من زوجها،، وهذا لا يحصل إلا بالطلاق البائن؛ لأنه لو كان رجعيا لأرجعها الزوج من غير رضاها فيحتاج إلى التفريق ثانيا وثالثا فلا يفيد التفريق شيئا.[7]

---

(1) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٢.

(2) عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، ج٩ مؤسسة الرسالة بيروت، ١٤١٣هـ ١٩٩٣م، ص٥٥.

(3) السرخسي، **المبسوط**، ج٥، ص١٠٢، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص، ٢٢٧، الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٣، ص٢٣، الحصكفي، **الدر المختار**، ص٢٤٤.

(4) مالك ابن انس، **المدونة**، ج٢، ص١٨٦، ابن نصر، **المعونة**، ج١، ص٥١٩، القرافي، **الذخيرة**، ج٤ ص٤٢٨، الدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج٢، ص٢٨٨.

(5) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٨٤.

(6) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٨٤.

(7) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٩٣.

القول الثاني: إن الفرقة بالعيب فسخ لا طلاق، وبه قال الشافعية[١]، والحنابلة[٢].

أدلة هذا القول:

أ) إن هذا خيار لأجل العيب فكان فسخا: كفسخ المشتري لأجل العيب[٣].

ب) لأنه فرقة، لا تقف على إيقاع الزوج، ولا من ينوب عنه، فكانت فسخا: كفرقة الرضاع[٤].

الرأي الراجح

هو رأي القائلين باعتبار الفرقة بالعيب فسخا لأنه باعتبارها طلاق بائنا لا يمكن للـزوج المصاب بالعيب من إرجاع زوجته ولو بعقد وبمهر جديدين أن سبق أن طلاقها مرتين قبلهـا، أما في اعتبار فسخا فان سبق أن طلاقها طلقتين اثنتين فله الفرص أن يرجعها بعقـد ومهـر جديدين، لان الفسخ لا ينقص عدد طلقاته الثلاث وترجيح إلى اعتبار الفرقة بالعيـب فـسخا، لإعطاء الزوج المصاب بالعيب إن برىء من المرض عقد الزواج من جديد.

المطلب الثامن: حالات سقوط حق الخيار للزوجة بالفسخ

أولا:بالرضا بالعيب، وإسقاط الخيار صراحة، كما لو قالت الزوجة رضيت بزوجـي، أو اخترت الزوج أسقطت الخيار[٥].

ثانيا: الرضا بالعيب دلالة: أن تفعل ما يدل على الرضا بالقيام مع الزوج، وبمـا يـدل على الرضا من وطء، أو تمكين الزوج منها مع العلم بالعيب[٦].

ثالثا: زوال العيب وشفاءه منه قبل الحكم بالفسخ[٧].

---

(1) الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٣٣٩، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٢، النووي، **روضة الطالبين**، ج٥، ص٥١٤-٥١٥.

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٦٢-٧٠، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦٧، ابن قدامة، **الكافي**، ج٤، ص٢٩٥ -٢٩٩.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٨٤.

(4) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٧١.

(5) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٩٤، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص٢٣٥، الشربيني، **مغني المحتاج**، ج٣، ص٢٠٧، ابن قدامة، **الكافي**، ج٤، ص٢٩٧-٢٩٨.

(6) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٣، ص٥٩٤، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٤٦٧، ابن قدامة، **الكافي**، ج٤، ص٢٩٧-٢٩٨، بن ضويان، **منار السبيل**، ج٢، ص١٨٠.

(7) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٦٧.

حق الخيار للزوجة بفسخ عقد الزواج لعيوب الزوج قانونا[1]:

أعطى قانون الأحوال الشخصية حق الخيار للزوجة في الطلب من القاضي فسخ عقد الزواج بسبب عيب في زوجها إذا كان بزوجها عيب يحول دون الدخول، بشرط أن تكون الزوجة سليمة من العيوب التي تحول دون الدخول بها، وهذا ما نصت عليه نص المادة (١٢١) من القانون: (للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي، وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت فيه علة تحول دون بنائه، بها كالجب، والعنة، و الخصا، ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب التي تحول دون الدخول بها: كالرتق، والقرن).

ونص القانون على أن لا تكون الزوجة عالمة بعيوب الزوج وأن لا ترضى بعيب الزوج صراحة أو دلالة، فإن رضيت به سقط حق الخيار للزوجة في طلب الفسخ، واستثنى القانون العنة إذا علمت الزوجة قبل العقد بعنة الزوج، حتى لو سلمت نفسها لزوجها، **وهو ما نصت عليه المادة(١٢٩) من القانون:** (الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول بها أو التي ترضى بالعيب صراحة أو دلالة بعد العقد يسقط حقها في التفريق ما عدا العنة فإن العلم بها قبل عقد الزواج لا يسقط حقها ولو سلمت نفسها).

كما أعطى القانون حق الخيار على الفور في طلب الفسخ إذا كان في الزوج عيب لا يقبل الشفاء، وإن كان عيب الزوج قابلا للزوال فإنه يثبت لها الخيار في الفسخ على التراخي: كالعنة، فإنه يمهل سنة من يوم تسليم نفسها له أو من يوم برء الزوج إذا كان مريضا، فإذا لم يزل العيب وأصرت الزوجة على طلب فسخ عقد الزواج، فإذا ادعى الزوج الوصول إلى الزوجة وكانت الزوجة ثيبا، فإن القول قول الرجل مع اليمين، وإن كانت بكرا فالقول قول الزوجة مع اليمين. **وهذا ما نصت عليه نص المادة(١٣٠):** (إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود عيب في الزوج ينظر فإن كان العيب غير قابل للزوال فيحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كان قابلا للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له أو من وقت برء الزوج إن كان مريضا، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل، لكن غيبة الزوج وأيام الحيض تحسب فإذا لم يزل العيب في هذه المدة وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق، فإذا ادعى في

(1) انظر: احمد أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤١٤-٤١٨ حيث قسم دعاوى التفريق للعيوب إلى **ثلاثة أقسام**، **القسم الأول**: الدعاوى المتعلقة بطلب التفريق للعيوب الجنسية التي تحول دون بناء الزوج بزوجته كالجب والعنة و ألخصا، **والقسم الثاني**: الدعاوي المتعلقة بطلب المرأة التفريق للعيوب التي تعافها النفوس أو التي لا يمكن الإقامة معها بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الايدز، **والقسم الثالث** التفريق لجنون الزوج بعد عقد الزواج.

بدء المرافعة أو ختامها الوصول إليها ينظر فإذا كانت الزوجة ثيبا، فالقول قول الزوج مع اليمين، وإن كانت بكرا فالقول قولها بيمينها)

وأعطى القانون حق الخيار في طلب الفسخ سواء كان قبل الدخول أو بعد الدخول للعلل والأمراض التي لا يمكن أن تقيم معها الزوجة بدون ضرر عليها، وذلك بعد أن تستعين بأهل الخبرة والاختصاص، فإن كانت العيوب لا يمكن الشفاء منها يفسخ العقد على الفور، وإن كان يمكن الشفاء منها فإن الفسخ على التراخي، ويمهل مدة سنة واحدة، فإذا زال المرض فإن خيار طلب الفسخ يسقط، وإن كان لا يمكن الشفاء منه فإنه يفسخ العقد إذا أصرت الزوجة على ذلك.

وهذا ما نصت عليه المادة(١٣١): (إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر: كالجذام، أو البرص، أو السل، أو الزهري، أو الإيدز، أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص ينظر؛ فإن كان يغلب على الظن تعذر الشفاء فإنه يفسخ عقد الزواج بينهما في الحال، وإن كان يغلب على الظن الشفاء أو زوال العلة فيؤجل التفريق سنة واحدة، فإذا لم تزل في هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق)

ويثبت حق الخيار للزوجة بالعيب المانع من الدخول بتقرير من الطبيب المختص مؤيد بشهادته وهذا ما نصت عليه نص المادة(١٣٤):(يثبت العيب المانع من الدخول بتقرير من الطبيب مؤيد بشهادته)

ويثبت حق الخيار للزوجة بجنون الزوج بعد عقد الزواج بعد أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب فيه الفسخ فإذا اثبت بتقرير طبي ان هذا الجنون لا يزول من الزوج يفرق القاضي بينهما على الفور، أما إذا كان الجنون ممكن الزوال فيؤجل التفريق لمدة سنة، فإذا لم يزل الجنون في هذه المدة المحددة وأصرت على طلبها فيحكم القاضي: بفسخ عقد الزواج.

وهذا ما نصت عليه المادة(١٣٥) (إذا جن الزوج بعد عقد الزواج وطلبت الزوجة من القاضي التفريق فإن كان هناك تقرير طبي بأن هذا الجنون لا يزول فرق القاضي بينهما بالحال، وإذا كان من الممكن زواله يؤجل التفريق لمدة سنة، فإذا لم تزل الجنة في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها، يحكم القاضي بالتفريق).

ويثبت حق الخيار للزوجة بطلب التفريق لعقم الزوج وهذا ما نصت عليه المادة(١٣٦):(للزوجة القادرة على الإنجاب إن لم يكن لها ولد ولم تتجاوز خمسين سنه من عمرها حق طلب فسخ عقد زواجها إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجاب، وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها).

يقول الدكتور محمود السرطاوي ((أرى جواز طلب التفريق في حالة ثبوت عقم الزوج لان النسل من أعظم مقاصد النكاح عملا برأي سيدنا عمر رضي الله عنه في تخيير الزوجة التي لم تعلم ان زوجها عقيم))[1].

وليس للزوجة حق الخيار في طلب الفسخ إذا جدد عقد الزوج بينها وبين زوجها بسبب العيب والعلة نفسها بعد الفسخ، وهذا ما نصت المادة (١٣٧): (إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق بسبب العيب أو العلة فليس لأي منهما طلب التفريق للسبب نفسه).

نوع الفرقة الحاصلة بسبب العيوب: الفرقة الحاصلة بسبب العيوب هي ((فسخ))، وأخذ برأي الشافعية، والحنابلة.

يسقط حق الخيار للزوجة لعيوب الزوج في الحالات التالية:

أولا: إذا جدد الزوجان عقد الزواج بعد الحكم بالتفريق بينهما بسبب العلل: فان حق الخيار للزوجة يسقط إذا وجدت نفس العلة وهذا ما جاء في نص المادة (١٣٧) من قانون الأحوال الشخصية (إذا جدد الزوجان العقد بعد التفريق بسبب العيب أو العلة فليس لأي منهما طلب التفريق للسبب نفسه)

ثانيا: يسقط حق الخيار للزوجة إذا علمت الزوجة بعيب الزوج قبل الدخول او رضيت بعيب الزوج صراحة أو دلالة بعد الدخول واستثناء من ذلك العنة فان العلم بها قبل العقد لا يسقط حقها في طلب الفسخ ولو سلمت نفسها لزوجها وهذا ما جاء في نص المادة(١٢٩)(الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول بها أو التي ترضى بالعيب صراحة أو دلالة بعد العقد يسقط حقها في التفريق ما عد ا العنة فان العلم بها قبل عقد الزواج لا يسقط حقها ولو سلمت نفسها)

ثالثا: يسقط حق الخيار للزوجة بطلب الفسخ إذا وجد فيها عيب من العيوب التي تحول دون الدخول بينها وبين زوجها:كالرتق والقرن إذا وجدت بالزوج عله تحول بينها وبينه كالجب والعنة و ألخصا كما نصت المادة(١٣٨)من قانون الأحوال الشخصية (للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذ علمت

(1) محمود السر طاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ص٣١٠.

أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجب والعنة و ألخصا ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب التي تحول دون الدخول بها كالرتق والقرن)

رابعا: يسقط حق الخيار للزوجة بطلب فسخ عقد الزواج للعنة الطارئة بعد سبق الدخول بها[1]

خامسا: يسقط حق الخيار للزوجة القادرة على الإنجاب إذا تجاوزت الخمسين سنة من عمرها وإذا لم يثبت بالتقرير الطبي المؤيد بالشهادة عقم الزوج وإذا لم تمض خمس سنوات من تاريخ دخوله بها وهذا ما جاء بمفهوم المخالفة نص المادة(١٣٦)من قانون الأحوال الشخصية (للزوجة القادرة على الإنجاب إن لم يكن لها ولد ولم تتجاوز خمسين سنة من عمرها حق طلب فسخ عقد زواجها إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجاب وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها)

سادسا: يسقط حق خيار الزوجة إذا تم شفاء الزوج من الجنون خلال مدة التأجيل لأن سبب الفسخ في هذه الحالة قد زال وهو الجنون أو إذا لم يثبت بتقرير طبي بأنه مجنون وهذا مفهوم المخالفة لنص المادة (١٣٥) من قانون الأحوال الشخصية (إذا جن الزوج بعد عقد الزواج وطلبت الزوجة من القاضي التفريق فان كان هناك تقرير طبي بان هذا الجنون لا يزول فرق القاضي بينها بالحل وإذا كان من الممكن زواله يؤجل التفريق لمدة سنة فإذا لم تزل الجنة في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي في التفريق)

سابعا: ليس للزوجة حق فسخ العقد إذا ثبت إن زوجها كان مجنونا قبل العقد عليه عملا بمفهوم المخالفة للمادة(١٢٥)والتي تنص (على انه إذا جن الزوج بعد عقد الزواج.....)

ثامنا: عدم ثبوت وجود العيب المدعى به من قبل الزوجة يسقط حق الخيار لها للعيب.

ورد في القرار ألاستئنافي رقم(٢٠٠٦/٥١٩ -٢٢٦١)ما نصه (..... إن خيار العيب يتوقف وجوده على وجود العيب المدعى به، فإذا انتفى العيب انتفى معه الخيار ألا ترى أنه في مثل هذه الدعوى لابد من الادعاء بوجود العيب مع عدم العلم به قبل العقد وعدم الرضا به بعده صراحة أو ضمنا فلو علم به قبل العقد أو رضي به بعد العقد صراحة أو ضمنا فلا خيار له) [2]

(1) عبد الفتاح عمرو، **القرارات القضائية**، ص٩١ القرار رقم ٨٢٦٢، احمد داود، **القرارات الاستئنافية**، ج١، ص٣٣٨ القرار رقم ٨٢٦٢ تاريخ ٥٣/١٢/١٤.

(2) قرار صادر عن محكمة استئناف اربد الشرعية هو قرار مخالفة للقاضي رياض الجوارنه في الدعوى رقم اساس٢٠٠٥/٢٣٢، في الحكم الصادر عن محكمة عجلون الشرعية برقم ١٣١/١١٥/٥٩، تاريخ ٢٠٠٦/٦/٥ تاريخ صدور القرار ألاستئنافي ٣١/تموز/٢٠٠٦.

تاسعا: للزوجة في الأحوال التي تعطيها حق الخيار أن تؤخر الدعوى أو تتركها بعد إقامتهـــا وهذا ما نصت عليه المادة(١٤٤)من قانون الأحوال الشخصية [١].

التطبيق العملي لحق خيار الزوجة في طلب الفسخ للعيوب.

لدى محكمة.................. الشرعية / القضايا

المدعية........... وكيلها المحامي:..............

المدعي عليه:............. وعنوانه للتبليغ:............

موضوع الدعوى: التفريق للجنون:

الوقائع:

إن المدعى عليه هو زوجي الداخل بي بصحيح العقد الشرعي، وقد جن جنونا مطبقا بعد عقد نكاحه علي، وأنه لا أمل بشفائه من هذا المرض.

الطلب: أطلب الحكم بالتفريق بيني وبينه بفسخ عقد الزواج للجنون، وإجراء الإيجاب عملا بالمادة ١٣٥ من قانون الأحوال الشخصية.

إجراءات الدعوى:

١- يستدعى والده باعتباره ولي له بموجب المادة ٩٧٤ من المجلة، حيث أنه هو الخصم عنه ولا حاجة لتعيينه من قبل المحكمة، وإذا لم يكن له أب أو جد أو وصي مختار من أحدهما تعين المحكمة وصيا لإتمام المحاكمة في مواجهته. [٢]

٢- تكليف المدعية اثبات الدعوى بسماع شهادة الطبيب المختص المؤيدة بتقرير طبي عملا بالمادة ٩٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية إذا ثبت الجنون بذلك فينظر:

أ) فإما أن يكون هذا الجنون لا يزول: وفي هذه الحالة يفرق القاضي بينهما في الحال.

ب) وان كان من الممكن زواله يؤجل التفريق لمدة سنة. [٣]

٣- إذا مضت السنة ولم تزل الجنة وأقامت المدعية مرة ثانية وأصرت دعواها مصرة على طلبها التفريق وأثبتت ذلك أيضا بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته، يحكم القاضي بالتفريق بينهما للجنون.

---

(1) يقول الدكتور احمد أعمر، ان الزوجة في الدعاوي التي ترفعها طالبة التفريق ويكون لها فيها حق الخيار ان ترفع أيضا تأجيل دعواها، أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤١٨

(2) أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤١٧.

(3) انظر المادة (١٣٥) من قانون الأحوال الشخصية كما ان المادة (٣٢٢) من قانون الأحـــوال الشخـــصية نصت على ان المراد بالسنة ان لم ينص عليها السنة القمرية.

قرار التأجيل: في حال كون الجنون ممكن زواله:

بناء على الدعوى والطلب وتقرير الطبيب المختص المؤيد بشهادته وعملا بالمواد ٧٥ و٩٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية و١٣٥ من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بتأجيل التفريق بين المدعية وبين المدعى عليه لمدة سنة قمرية واحدة، اعتبارا من تاريخه أدناه حكما وجاهيا قابلا للاستئناف، وتابعا له موقوف النفاذ على تصديقه استئنافا، أفهم علنا تحريرا بتاريخ..................[١]

مضمون قرار: في حال كون الجنون مما لا يمكن زواله:

بناء على الدعوى والطلب والتصادق والإقرار وتقرير الطبيب المختص المؤيد بشهادته وعملا بالمواد ٧٥و٩٠ من قانون أصول المحاكمات الشرعية و ١٣٥ من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه بفسخ عقد الزواج بينهما للجنون (المطبق غير الممكن زواله) وأن عليها العدة الشرعية، اعتبارا من تاريخ هذا الحكم حكما وجاهيا، قابلا للاستئناف، وتابعا له موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف افهم علنا تحريرا في....................م.

والملاحظ أن متابعة الزوجة لدعواها طلب التفريق للجنون بعد مدة الامهال إذا لم تزل الجنة من خلالها هو بمثابة الإصرار من الزوجة على طلبها، واختيارها طلب التفريق للجنون، وهذا مضمون ما نص عليه القرار ألاستئنافي رقم ٢١٤٤٥ تاريخ ٣١/٥/ ١٩٨٠، حيث ورد فيه (أن حكم تأجيل التفريق للجنون أنهى وبما أن طلب التفريق للجنون بالنسبة للمدعية حق خاص بها فلا وجه لدعوتها من قبل المحكمة الابتدائية، والطلب منها السير في الدعوى التي انتهت بحكم التأجيل وهي بعد انتهاء أجل التأجيل إن شاءت راجعت المحكمة وإن شاءت تركت حقها وإذا رأت مراجعة المحكمة تطلب التفريق مجددا فعليها تقديم دعوى جديدة من جهة ثبوت حصول التأجيل اللازم شرعا قبل الحكم بالتفريق)[٢] ويقول الدكتور احمد أعمر:(إن للزوجة في الدعاوي التي ترفعها طالبة التفريق، ويكون لها حق الخيار إن تدفع أيضا بتأجيل دعواها، وهذا ما تضمنته المادة ١٤٤ من قانون الأحوال الشخصية)[٣]

---

(1) انظر في هذا القرار: أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ص٤١٧، داود، **القضايا ولاحكام**، ج١، ص٢٧٠، وانظر القرار الصادر عن محكمة غور الصافي الشرعية في الدعوى رقم اساس ٥٦/ ٢٠٠٢ بتاريخ ٢٠٠٢/٨/٧م

(2) انظر، أعمر، **الدفوع التأجيلية**، ٤١٨، داود، **القضايا والاحكام**، ج١، ص٢٦٨-٢٦٩

(3) أعمر، **الدفوع التاجيلية**، ص٢١٨.

لدى محكمة.......... الشرعية / القضايا

المدعية:............. وكيلها المحامي:..............

المدعى عليه:........... وعنوانه للتبليغ:..............

موضوع الدعوى: فسخ عقد الزواج للعنة.

الوقائع:

إن المدعى عليه هو زوجي بصحيح العقد الشرعي وقد دخل علي ليدخل بي دخولا شرعيا وقد سلمت نفسي إليه إلا أنه لم يستطع الدخول بي وذلك بسبب عنته التي حالت دون بنائه بي، علما بأنني سالمة من كل عيب يحول دون الدخول بي، وأنني ما زلت بكرا حتى الآن.

الطلب:

أطلب الحكم بفسخ عقد الزواج الجاري بيني وبينه للعنة وإجراء الإيجاب.

اقبلوا فائق الاحترام.

إجراءات الدعوى:

١- إما أن يحضر المدعي عليه، ويصادق المدعية على الدعوى، وإما أن يغيب أو ينكر الدعوى فتسير المحكمة في الدعوى بتكليف المدعية الإثبات وحيث أن البكارة وعدمها هو أمر فني لذا فانه يثبت بتقرير من الطبيب المختص المؤيد بشهادته(1).

٢- ثبت بتقرير الطبيب المختص المؤيد بشهادته بأنها بنت بكر تصدر المحكمة حكمها التالي (بناء على الدعوى والطلب والتصادق وتقرير الطبيب المختص المؤيد بشهادته وعملا بالمواد ١٢٨و١٢٩و١٣٠ من قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد حكمت بتأجيل التفريق بين المدعية والمدعى عليه وإمهاله لمدة سنة قمرية من يوم تسليمها له(أو من وقت برء الزوج ان كان مريضا) ابتداء من تاريخ هذا الحكم وضمنته الرسوم والمصاريف حكما وجاهيا، قابلا للاستئناف، وتابعا له، موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية أفهمته للطرفين علنا(2).

٣- بعد السنة إذا لم تزل العنة ترفع الدعوى طالبة التفريق.

---

(1) انظر المادة (١٣٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(2) داواد، **القضايا والإحكام في المحاكم الشرعية**، ج١، ص٢٦٥، أعمر، **الدفوع التاجيلية**، ص ٤١٦.

وفي هذه الحالة تكون لائحة الدعوى على النحو التالي:

(إن المدعى عليه هو زوجي بصحيح العقد الشرعي وقد سلمت نفسي إليه للدخول بي الدخول الشرعي ولم يستطع البناء بي لعنته وقد أجلت المحكمة التفريق بيني وبينه مدة سنة قمت خلالها بتسليم نفسي إليه للدخول الشرعي ولم يستطع الدخول بي مدة الإمهال المذكورة وإنني سالمة من كل عيب يحول دون الدخول بي أطلب الحكم بالتفريق بيني وبينه بفسخ عقد زواجي منه لعنته). وإجراء الإيجاب الشرعي

الإجراءات:

تسير المحكمة بإجراءات الدعوى، فإما أن يقر بذلك وتفرق المحكمة، وإما أم ينكر ويغيب، وعلى كلى الحالتين تحيل المحكمة المدعية إلى الطبيب المختص ليقدم تقريره، وبعد أن تستمع المحكمة إلى شهادته المؤيده لتقريره، فإذا تبين بأنها بكر تفرق المحكمة بين الطرفين للعنة وإذا قدم تقرير سواء كان في المرة الأولى قبل التأجيل أو في المرة الثانية بأنها ثيب بعد التأجيل ترد الدعوى، ويصدق الزوج بيمينه في هذه الحالة. انظر:المادة(١٣٠)من قانون الأحوال الشخصية

القرار:

بناء على الدعوى والطلب وتقرير الطبيب المختص المؤيد بشهادته وعملا بالمواد ١٢٨ و١٢٩و١٣٠من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بفسخ عقد الزواج الجاري بين المدعية والمدعى عليه للعنة، وعليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخه أدناه، وضمنت المدعي عليه الرسوم والمصاريف القانونية، حكما وجاهيا، قابلا للاستئناف، وتابعا له، موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية، افهم علنا تحريرا في..............

وينبغي أن نؤكد هنا: أنه يتضح لنا مما سبق أن قرار المحكمة ابتداء بالتأجيل لمدة سنه حال ثبوت عنة الزوج إنما يدخل حق الزوجة في اختيارها هذا الطريق في مرحلة يمكن ان نسميها بمرحلة(التعزيز)، وأن متابعة الزوجة لدعواها طلب التفريق لعنة زوجها بعد الامهال سنة هو من باب تأكيد الزوجة على حقها في اختيار هذا الطريق، فإذا اما ثبت للمحكمة أن الزوج ما زال عنينا حكمت المحكمة بالتفريق.

المبحث الحادي عشر

حق الخيار للزوجة في فسخ العقد لعدم الوفاء بالشروط

المطلب الأول: تعريف الشرط لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريفُ الشرطِ لغةً:

إلزامُ الشيءِ والتزامُهُ في البيع، ونحوِهِ، والجمعُ شروطٌ، والاشتراط: العلامةُ التي يجمعُها الناسُ بينَهم، ومنهُ أشراطُ الساعةِ: علاماتها [١]

الفرع الثاني: تعريف الشرط اصطلاحا:

عرفه السرخسي: ((اسم لما يضاف الحكم إليه وجودا عنده لا وجوبا به))[٢]

عرفه الجرجاني: ((عما يضاف الحكم إليه وجودا عند وجوده لا وجوبا)) [٣]

عرفه الحموي: ((التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة))[٤]

عرفه الدردير: ((ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم))[٥]

عرفه المرداوي ((ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته))[٦]

وعرفه الدكتور مصطفى السباعي بقوله: (هو كل قيد ربط به العقد عدما لا وجودا وهو خارج على ماهية العقد، وهذا القيد إن وصفه الشارع أطلق عليه (شرط العقد) وإن وصفه المتعاقد أو أحدهما أطلق عليه (شرط في العقد) ويسمى الشرط الجعلي)[٧]

أما تعريف الشرط عند الفقهاء في الزواج:

أي ما يشترطه أحد الزوجين في العقد على الآخر مما له فيه غرض[٨]

وهو أيضا: ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض صحيح، وليس بمناف لمقتضى النكاح[٩]

---

(1) ابن منظور، **لسان العرب**، ج٧، مادة (شرط)، ص٣٢٩، أحمد رضا، **معجم متن اللغة**، ج٣، مادة (شرط)، ص٣٠٥، الرازي، **مختار الصحاح**، ص١٤١، الجرجاني، **معجم التعريفات**، باب الشين، الشين مع الراء، ص١٠٨.

(2) السرخسي، **أصول السرخسي**، ج٢، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٤هـ ١٩٩٣م، ص ٣٠٣

(3) الجرجاني، **معجم التعريفات**،، ص١٠٨.

(4) الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٤، ص ٤١

(5) الدردير، **الشرح الصغير**، ج١، ص ٢٥٨

(6) المرداوي، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، تحقيق:عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين و عوض محمد القرني و احمد بن محمد السراج، ج٣، الطبعة الأولى، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م، ص ١٠٦٧

(7) مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط٧، جامعة حلب، ١٩٦٥م، ج١، ص١٠٤، حاشية رقم (١).

(8) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٦، الفتوحي، **منتهى الإرادات**، ج٤، ص٩٧.

(9) الشيباني، **نيل المأرب**، ج٢، ص١٦٨.

المطلب الثاني: حق الخيار للزوجة بالتفريق لعدم الوفاء بالشروط

اتفق الفقهاء[1] على صحة الشروط الموافقة لمقتضى العقد، فالشروط الصحيحة: كاشتراط ما يقتضيه العقد، أو جرى به العرف الصحيح في البلد الذي فيه الزوجان: كاشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، أو يعطيها صداقها، أو يحسن معاملتها، وكاشتراطه عليها أن يتزوج عليها، وأن لا تمنعه نفسها، أو أن لا تخرج من بيته إلا بإذنه، فإن هذه الشروط لازمة مجرد العقد، وذكرها في العقد لا يؤثر كما أن إهمالها لا يضر، وأن عقد الزواج يقصد ويؤكد هذه الأمور ونحوها.

اما الشروط المخالفة للعقد ومقصوده كشرط عدم النفقة لها وكشرط عدم الجماع وان يشترط ان لا مهر لها فهذه الشروط باطلة في نفسها لانها تتضمن اسقاط حق يجب بالعقد قبل انعقاده فإن هذه الشروط باطلة والعقد صحيح .

أما الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد وليست مما يقتضيه العقد ولا تخل بمقصوده: كاشتراط الزوجة في العقد أن لا يسافر بها، أو أن لا يتزوج عليها، أو ان تكمل دراساتها، أو أن تسكن في بيت مستقل، أو أن لا يسافر بها من بلدها.

فقد اختلف الفقهاء في صحة هذه الشروط على قولين:

القول الأول: عدم إعطاء حق الخيار للزوجة في طلب الفسخ لعدم وفاء الزوج بهذه الشروط، وهذه الشروط فاسدة، ولا يجب على الزوج الوفاء بها، لأنها تفسد العقد ويبقى عقد الزواج صحيحا، وهذا قول الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، ورواية مرجوحة عند الحنابلة[5] والظاهرية[6].

أدلة القول الأول:

أولا: من الكتاب: قوله تعالى: ((الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ))[7].

قوله تعالى: ((الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ))[1].

---

(1) العيني، **البناية**، ج٤، ص٦٩٠، الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص٢٧٨، القرافي، **الذخيرة**، ج٤ ص٤٠٥، الماوردي، **الحاوي**، ج٩، ص٥٠٥، العمراني، **البيان**، ج٩، ص٢٨٩، ابن قدامة، **الكافي** ج٤ ص٢٨٧، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٦.

(2) العيني، **البناية**، ج٤، ص٦٩٠، السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، ج٢، ص١٣٧، ابن همام، **شرح فتح القدير** ج٣، ص٣٣٤-٣٣٥.

(3) الخرشي، **شرح الخرشي**، ج٣، ص١٩٦، القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٤٠٥، الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٢، ص٢٣٨، ابن رشد، **بداية المجتهد**، ج٢، ص٥٩، القرطبي، **البيان والتحصيل**، ج٥ ص٣٥، الدردير، **الشرح الصغير**، ج٢، ص٣٨٥-٣٨٦.

(4) الشيرازي، **المهذب**، ج٤، ص١٦٢، الماوردي، **الحاوي الكبير**، ج٩، ص٥٠٦-٥٠٧، النووي، **روضة الطالبين**، ج٥، ص٥٨٩، العمراني، **البيان**، ج٩، ص٣٨٩.

(5) الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص١٤٠.

(6) ابن حزم، **المحلى**، ج٩، ص ٥١٧

(7) سورة المائدة آية ٣.

وجه الدلالة:

إن الشروط والعقود التي لم تشرع فهي شروط فيها تعد على حدود الله تعالى، وزيادة في الدين[٢]، وعليه فإن الشروط التي تشترط في عقد الزواج لا يلزم الوفاء بها؛ لأنها تخالف الشرع، وفيها تعد على حدود الله فهي شروط باطلة.

مناقشة ذلك:

إن هذه الشروط التي سكت عنها الشارع الحكيم لا يكون فيها تعديا على حدوده، ولكن التعدي على حدوده هو تحريم ما أحله الله أو إباحة ما حرمه، أو إسقاط ما أوجبه، لا إباحة ما سكت عنه، أو عفا عنه، بل تحريمه، هو نفس تعدي حدوده[٣] ولقد ثبتت مشروعية هذه الشروط بالكتاب والسنة، والإجماع، وأن الأصل فيها الإباحة[٤]، بل إن فيها مصلحة العاقد، ولذا كان من مصلحة عقده إجازتها[٥].

وعليه فإن الشروط في عقد الزواج إذا لم يتم الوفاء بها من قبل الزوج فإنه يثبت للزوجة حق الخيار في طلب الفسخ، فإذا لم يتم الوفاء بها فهذا هو التعدي على حقوق الله تعالى.

ثانيا: من السنة:

أولا: عن عائشة رضي الله عنها أن النبيﷺ قال: ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مئة مرة، شرط الله أحق وأوثق[٦].

وجه الدلالة:

أن الشروط التي تشترطها المرأة في عقد الزواج هي شروط باطلة، ولا يلزم الوفاء بها، لأنها ليست موجودة في كتاب الله تعالى، وغير منصوص عليها[٧].

---

(1) سورة البقرة آية ٢٢٩.
(2) ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ص٣٧٢.
(3) ابن قيم محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم الجوزية، **أعلام الموقعين**، قراءة وقدم له وعلق عليه وخرج أحاديثه وأثاره: مشهور بن حسن آل سلمان شارك في التخريج احمد بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، ج٣، دار ابن الجوزي المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣ هـ، ص١١٤.
(4) ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ص٣٨٤.
(5) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٤٨٥.
(6) **صحيح البخاري**، كتاب العتق، باب ما يجوز من شروط المكاتب ومن اشترط شرطا ليس في كتاب الله، ج٢، ص٩٠٣، رقم الحديث ٢٤٢٢، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن اعتق، ج٢، ص١١٤١-١١٤٢ رقم الحديث ١٥٠٤.
(7) الزيلعي، **تبيين الحقائق**، ج٢، ص١٤٩، العيني، **البناية**، ج٤، ص٦٩٠، القرافي، **الذخيرة**، ج٤، ص٤٠٥، العمراني، **البيان**، ج٩، ص٣٨٩.

مناقشة ذلك:

بأن المراد بكتاب الله أي حكمه وشرعه من الكتاب وسنه والإجماع والقياس، وهذه هـي مصادر التشريع، وقد دلت على مشروعية هذه الشروط[١]:

ثالثا: من المعقول:

أ- أن هذه الشروط ليست من مصلحة العقد، ولا من مقتضاه، فكـل شـرط لـيس مـن مصلحة العقد ولا من مقتضاه لا يجب الوفاء به فهو فاسد[٢].

مناقشة ذلك:

لا نسلم بذلك فإنه من مصلحة المرأة، وما كان من مصلحة العاقد كـان مـن مـصلحة عقده: كاشتراط الرهن، والضمين في البيع، فإذا لم يتم الوفاء بهذه الشروط من قبل الزوج فان ذلك يعطي الزوجة حق الخيار في المطالبة بفسخ العقد[٣].

ب- الأصل في العقود والشروط البطلان إلا أن يدل دليل علـى صـحتها، ومـن هـذه الشروط التي ليست من مقتضى العقد ولا من مستلزماته الشروط التي لا تنافيـه ولا تخل بمقصوده فإن هذه الشروط لم يدل دليل على صحتها فتكون هذه الشروط باطلـة إذا اشترطتها المرأة على زوجها ولا يحق له الوفاء بها، ولا يثبت للزوجة حق الخيار في طلب الفسخ بها؛ لأنها شروط باطلة"[٤].

مناقشة ذلك:

أن الأصل في العقود والشروط الصحة، ومنها الشروط التي في عقـد الـزواج فإنهـا مباحة؛ لأنه لا يوجد من الشارع دليل على تحريمها لا بنص ولا بقياس[٥].

القول الثاني: أعطى أصحاب هذا القول حق الخيار للزوجة باشتراط الشروط التـي لا يقتضيها العقد ولا تنافيه ولا تخل بمقصود الزواج:فإذا اشترطتها على الزوج ولم يـتم الوفـاء

(1) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٤٨٥، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص١٤١، ابـن تيميـة، **القواعـد النورانية**، ص٣٨٤، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧.
(2) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٤٨٤، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧.
(3) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٤٨٥.
(4) الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص١٤٠.
(5) ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ص٣٧٣.

بها من قبل الزوج فإنه يثبت لها حق الخيار في طلب الفسخ، وهذا مذهب الحنابلة[1] واختيار ابن تيمية[2] وابن قيم[3].

أدلة القول الثاني

أولا: من الكتاب: قوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ))[4]

وقوله تعالى: ((وَالَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ))[5]

وجه الدلالة:

أن الله تعالى قد أمرنا بالوفاء بالعقود(وهذا عام) وكذلك أمرنا (بالوفاء بعهد الله تعالى وبالعهد)[6]، وبما أن الله أمرنا بوجوب الوفاء بالعقود فقد دل ذلك على أنها مباحة؛ لأن الله تعالى لا يأمرنا بشيء محرم، وبما أن هذه العقود في نطاق ما شرع الله لنا وأجازه فيكون الأصل في العقود والشروط (هو الإباحة)، ومنها الشروط في عقد الزواج، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا لا ينافي مقاصد الزواج ولم يتم الوفاء بها من قبل الزوج فيثبت لها حق الخيار في فسخ العقد؛ لعدم وفاء الزوج بما التزم به في العقد.

ثانيا: من السنة:

أولا: عن عقبة عن النبيﷺ قال: أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج[7].

وجه الدلالة:

دل هذا الحديث على وجوب الوفاء بالشروط المباحة، وأن الشروط في عقد الزواج أحق بالوفاء بها من غيرها إذا لم تتضمن هذه الشروط بعقد الزواج تغييرا لحكم الله ورسوله[8]؛ ولأنه أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح؛ لأن أمرها أحوط، وبابه أضيق[9].

---

(1) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٤٨٣-٤٨٤، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٦، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص١٣٩، المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٥٦، الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٣٤٩،، ابن قدامة، **الكافي**، ج٤، ص٢٨٧.

(2) ابن تيمية، **المحرر**، ج٢، ص١٦٥، ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ص٣٨٣-٣٨٤.

(3) ابن القيم، **زاد المعاد**، **ج٥**، ص١٠٦-١٠٧.

(4) المائدة آية رقم ١.

(5) المؤمنون آية رقم ٨

(6)ابن تيمية، **القواعد النورانية**، **ص** ٣٨٤، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٦.

(7) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ج٥، ص١٩٧٨ رقم الحديث ٤٨٥٦، مسلم، **صحيح مسلم**، كتاب النكاح، باب الوفاء في النكاح، ج٢، ص١٠٣٥-١٠٣٦، رقم الحديث ١٤١٨

(8) ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ص٣٩١، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص١٠٦

(9) ابن حجر، **فتح الباري**، ج٩، ص٢١٧.

وفي هذا الحديث من الفوائد جواز إدخال الشروط في عقد النكــاح، وأن الأصــل فــي الشروط في عقد النكاح الصحة والجواز إلا ما ورد دليل بتحريمه، وفيه تأكيد علــى وجــوب الوفاء بشروط عقد الزواج التي شرطها المتعاقدان(١).

ولعموميات الأمر بالوفاء بالعقود والعهود؛ ولأن الله تعالى ورسوله حرما أخــذ مــال الغير إلا عن تراض بينهما، ولا ريب أن المرأة لم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الشرط، وشــأن الفرج أعظم من شأن المال فإذا حرم المال إلا بالتراضي فالفرج أولى، لهذا جعل النبي الشرط فيه أحق بالوفاء من غيره(٢).

مناقشة ذلك:

يدل هذا الحديث على أنه يراد بالشروط التي يجب الوفاء بها الشروط الموافقة لمقتضى العقد، أما الشروط غير الموافقة لمقتضى العقد ولا تخل بمقصوده مثل اشتراط المــرأة أن لا يتزوج عليها أو أن لا يغيب عنها فإنها شروط لا يجب الوفاء بها، وهي غير جائزة(٣).

الرد على ذلك: بأن تخصيص هذا الحديث بالشروط الموافقة لمقتضى عقد الــزواج لا وجه له؛ لأن الحديث يدل على تأكيد وجوب الوفاء بالشروط التي في عقد الــزواج و التــي شرطها المتعاقدان، سواء أكانت شروطا من مقتضى العقد، أو من غير مقتضى العقد، والتــي لا تخالف مقاصده، وفيه جواز جعل الشروط في غير النكاح من العقود فانه قال)): أحق مــا أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج))، ما يدل على أن الوفاء بالشروط فــي غير عقد الزواج من الأمور التي يكون حق على الإنسان وواجبا عليه، لكنها أقــل مــن هــذا الواجب؛ وفيه دلالة على أن هناك شروطا أحقيتها بالوفاء بها أكثر من شروط أخرى، مــع أن الجميع واجب الوفاء وان أحقية الوفاء بشروط الزواج؛ لأنه أمرها أحــوط، وبابهــا أضــيق، وليس فيه دلالة على الوفاء بالشروط الموافقة لمقتضى العقد دون غيرها(٤).

---

(1) سعد بن ناصر عبد العزيز الشثري، **شرح عمدة الأحكام**، اعتنى به، عبــد الناصــر بــن عبــد القــادر البشبيشي، ج٢، الطبعة الأولى، ١٤٢٩هـ، ٢٠٠٨م، دار كنوز أشبيليا المملكة العربية السعودية، ص٦٥٩.

(2) الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص١٣٩.

(3) محمد بن إدريس الشافعي، **الأم**، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعــة الأولــى، ج٦، دار الوفــاء ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١م ص١٨٩ ابن حزم، **المحلى**، ج٩، ص٥١٨، ابن حجر، **فتح الباري**، ج٩، ص٢١٨، ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج٣، ص٣٣٦.

(4) ابن القيم، **أعلام الموقعين**، ج٣، ص١١٣، الشثري، **شرح عمدة الأحكام**، ج٢، ص٦٥٩، ابن حجر، **فتح الباري**، ج٩، ص٢١٨.

ثانيا: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **((الصلح حائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالا، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا، أو أحل حراما))**[١]

وجه الدلالة: ان المسلمون ثابتون على شروطهم واقفون عليها و انهم لا يخلون بشروطهم وعليهم الالتزام بشرط إذا اشترطه المسلم[٢] ومنه ما اشترطته الزوجة من الشروط فانه يجب الوفاء بها[٣].

نوقش الحديث من وجهين:

الوجه الأول: بان الحديث ضعيف لان فيه كثير ابن عبد الله ابن عمر ابن عوف المزني المدني وهو ضعيف[٤].

رد على ذلك: هذه الأسانيد وان كان الواحد منها ضعيفا فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضا[٥].

الوجه الثاني: الحديث في اضافه النبي صلى الله عليه وسلم الشروط إلى المسلمين ولا شروط للمسلمين إلا الشروط التي أباح الله تعالى في القران والسنة الثابتة عقدها لا شروط للمسلمين غيرها لان المسلمين لا يستجيزون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها وهذه شروط الشيطان وأتباعه لا شروط المسلمين[٦].

---

(1) البخاري، **صحيح بخاري**، أخرجه معلقا، كتاب الإجارة، باب إجارة السمسرة، ج٢، ص ٧٩٤، الترمذي، **سنن الترمذي**، ج٣،، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله علية وسلم في الصلح بين الناس، رقم ١٣٥٢، قال الترمذي (حسن صحيح) ص ٦٣٤، ابن ماجة، **سنن ابن ماجة**، ج٢، كتاب الاقضية، باب الصلح، ص ٧٨٨، رقم الحديث، ٢٣٥٣، وصححه الحاكم في، **المستدرك**، كتاب البيوع، ج٢، ص ٥٧، قطني، **الدار قطني**، تحقيق: عبد الله هاشم يماني المدني، كتاب البيوع، ج٣، ص٢٧، طبعة دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ ١٩٦٦م.البيهقي، **السنن الكبرى**، ج٧، ص ٤٠٦، ولكن في اسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعفه كثيرون ونسبه بعضهم الكذب وعقب الذهبي وغيره على تصحيح الترمذي لهذا الحديث فقال الذهبي ((اما الترمذي فروى حديثه: الصلح جائز بين المسلمين وصححه فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذي)) الذهبي، **ميزان الاعتدال**، ج٥، ص ٤٩٣، وقال الشوكاني في **نيل الأوطار**، ج٧، ص ٧١ ((وقال ابن كثير في إسناده قد نوقش ابو عيسى، يعني الترمذي -في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله واعتذر له الحافظ فقال: وكأنه اعتبر بكثرة طرقه)) وقال ابن حجر في **بلوغ المرام**، ج٢، كتاب البيوع، باب الصلح، ص ٢٥٨، رقم ٨٧٦((رواه الترمذي وصححه وأنكروا عليه لان راويه كثير بن عبد الله بن عمر بن عوف ضعيف وكأنه اعتبره بكثرة طرقه)) وقال الألباني، في **إرواء الغليل**، ج٥، ص١٤٢-١٤٦ ((ان الحديث بمجموع هذه الطرق يرتقي الى درجة الصحيح لغيره وهي وان كان في بعضها ضعف شديد فسائرها مما يصح الاستشهاد به)) وضعفه ابن حجر في، **تلخيص الحبير**، ج٣، ص ٥٦

(2) الصنعاني، **سبل السلام**، ج٣، ص ١١٧١

(3) محمد حسن ابو يحي، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، تصنيف، المكتبة الوطنية، عمان، ١٤١٩هـ ١٩٩٨م، الناشر المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، ص ١٥٠

(4) ابن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، تحقيق: محمد عوامة، الطبعة الاولى، دار الرشيد، حلب، ١٤٠٦هـ، ج٢، ص ٤٦٠

(5) ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ص٣٩٧

(6) ابن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ، دار الحديث القاهرة، ج٥، ص ٢٤

رد على ذلك: فان هذه الشروط قد شهد لها الكتاب والسنة وان المشترط ليس له أن يبيح ما حرم الله ولا يحرم ما أباحه الله فان شرطه حينئذ يكون باطلا لحكم الله وكذلك ليس لـــه إن يسقط ما وجبه الله تعالى وإنما المشترط له ان يوجب بالشرط ما لم يكن واجبا بدونه[١].

ثالثا: من المعقول:

أ) لأن هذه الشروط التي تشترطها الزوجة في عقد الزواج فيها منفعة مقــصودة فلا تمنع المقصود من الزواج فكانت لازما كما لو شرطت عليه زيــادة فـــي المهر أو غير نقد البلد[٢].

ب) أن الله تعالى ورسوله قد حرما أخذ مال الغير إلا عن تراض فإذا اشــترطت المرأة شرطا في عقد النكاح ولم ترض ببذل فرجها إلا بهذا الــشرط وشـــأن الفرج أعظم من شأن المال، فإذا حرم الله تعالى ورســوله اخــذ المـــال إلا بالتراضي، فالفرج أولى، ولهذا جعل رسول الله الشروط أحــق بالوفـــاء مـــن غيرها[٣].

ج) أن الأصل في العقود والشروط عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيهـــا، حتى يدل ذلك على التحريم[٤].

وهذه الشروط التي تشترطها المرأة في عقد الزوج الأصل فيها عدم التحـــريم ويجـــب على الزوج الوفاء بها، فإذا لم يتم الوفاء بها، فيثبت لها حق الخيار في طلـــب الفــسخ؛ لأنهـــا شروط صحيحة.

الرأي الراجح:

ترجيح مذهب الحنابلة القائلين بإعطاء حق الخيار للزوجة لعـــدم وفـــاء الـــزوج بالـــشروط المشروطة في عقد الزواج؛ لأن هذه الشروط لا تخل: بالمقصود من النكاح، وفيها نفـــع للزوجـــة؛ ولأن هذه الشروط لا يوجد فيها ضرر على الزوج، لأن الزوج قد رضي بها، ووافق عليها، ووفاء الزوج بهذه الشروط يؤدي إلى الزيادة في الطمأنينة والسكون بين الزوجين، وأن هذه الـــشروط لا تحرم حلالاً ولا تحلل حراماً ولا تخل بالمقاصد الأساسية للزواج ويبقى عقد الزواج صحيحاً.

---

(1) ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ص٣٩٧

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج٩، ص٤٨٥، ابن قدامة، **الكافي**، ج٤، ص٢٨٨، البهــوتي، **كــشاف القنـــاع**، ج٧ ص٢٤٤٦.

(3) الزركشي، **شرح الزركشي**، ج٥، ص١٣٩.

(4) ابن تيمية، **القواعد النورانية**، ص٤٠١.

المطلب الثالث: شروط حق الخيار للزوجة بالفسخ لعدم الوفاء بالشروط

ولكي يثبت حق الخيار للزوجة في المطالبة بفسخ عقد الزواج لعدم الوفاء بالشرط فلا بد من توافر شروط، معينه فإذا زالت تلك الشروط بطل حق الخيار للزوجة بالمطالبة بفسخ عقد الزواج لعدم الوفاء بالشروط، وهي:

أولا: عدم إسقاط الزوجة حقها في الشرط[١]

وعليه إذا اشترطت الزوجة في العقد أن لا يتزوج عليها زوجها، ثم أسقطت حقها في ذلك، فقد سقط حقها مطلقا، ويستطيع الزوج الزواج، ولا يثبت لها حق الفسخ العقد بزواجه مطلقا في هذه الحالة.

جاء في (كتاب) كشاف القناع[٢] "أنها إذا أسقطت حقها يسقط مطلقا"

ثانيا: يثبت للزوجة حق الخيار في عقد الزواج القائم أما إذا حصل طلاق أو فسخ النكاح وتزوجت من الزوج نفسه بعقد جديد فإن الشروط في العقد الأول تزول، و تبطل ما لم تذكر في العقد الثاني[٣]

جاء في كشاف الإقناع[٤] "ولا تلزم هذه الشروط إلا في النكاح الذي شرطت فيه، فإن بانت المشترطة منه ثم تزوجها ثانيا لم تعد الشروط" ولأن هذه الشروط عارضه ومن ثم فقد زالت فرجعنا إلى الأصل[٥].

ثالثا: يثبت حق الخيار للزوجة بعدم بطلان الشرط المشروط، أما إذا بطل الشرط فإن حق الزوجة في الفسخ يسقط[٦]. جاء في الإقناع[٧] "ولو شرط لها ألا يخرجها من بيت أبويها فمات الأب بطل الشرط ولو تعذر سكن المنزل بخراب أو غيره سكن بها حيث أراد وسقط حقها في الفسخ".

---

(1) المرداوي، **الإنصاف**، ج٢، ص١٣٨٦، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧، الحجاوي، **الإقناع**، ج٣ ص٣٥٠.

(2) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧.

(3) المرداوي، **الإنصاف**، ج٢، ص١٣٨٧، البهوتي، ***كشاف القناع***، ج٧، ص٢٤٤٧، المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٥٦، الفتوحي، **منتهى الإرادات**، ج٤، ص٩٨، الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٣٤٩-٣٥٠.

(4) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧.

(5) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧، الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٣٥٠، الشيباني، **نيل المأرب**، ج٢، ص١٦٩.

(6) الفتوحي، **منتهى الإرادات**، ج٤، ص٩٩.

(7) الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٣٥٠.

رابعا: يثبت للزوجة حق الخيار في المطالبة بالفسخ على التراخي[١]. **وقد عللوا** ذلك؛ بأنه خيار ثبت لدفع الضرر، فكان على التراخي؛ تحصيلا لمقصودها: كخيار العيب، والقصاص[٢]. ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بفواته: كشرط الرهن في البيع[٣].

المطلب الرابع: نوع الفرقة سبب عدم الوفاء بالشرط

إن نوع الفرقة عند القائلين بحق الخيار لعدم الوفاء بالشرط هي ((فرقة فسخ))[٤]

وعللوا ذلك بأن كل فرقة يوقعها الزوج أو نائبه بالألفاظ الدالة عليها تكون طلاقا، وما عدا ذلك من الفرق فهي فسخ[٥] فقد جاء في المغني: وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق، ولا أعلم فيه خلافا قيل لأحمد لم لا يكون طلاقا قال: لأن الطلاق ما تكلم به الرجل؛ ولأنها فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخا[٦]. فقد جاء في نيل المأرب[٧]: فمتى لم يف للزوجة بما شرط عليه كان لها الفسخ.

حالات سقوط حق الخيار للزوجة بطلب فسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط

أولا: بما يدل على رضا الزوجة صراحة أو ضمنا، مع علمها بعدم وفائه لها بما شرطت عليه[٨] وعليه فإن حقها يسقط إذا مكنته من نفسها، ورضيت بعد أن علمت بعدم وفائه بما اشترطت عليه، فإن لم تعلم بعدم الوفاء ومكنته لن يسقط خيارها[٩] وهذا الخيار كله على التراخي ولا يسقط إلا بما يدل على الرضا من قول أو تمكين من الزوجة مع العلم بعدم الوفاء بالشرط[١٠]؛ لأن موجبه لم يثبت فلا يكون له أثر[١١].

ثانيا: زوال العقد الذي اشترطت فيه الزوجة شرطها سواء كان زواله بطلاق أو بفسخ.[١٢]

---

(1) البهوتي، **كشاف الإقناع**، ج٧، ص٢٤٤، الفتوحي، **منتهى الإرادات**، ج٤، ص٩٨، المرداوي، **تنقيح المشبع**، ص٣٥٦، المرداوي، **الإنصاف**، ج٢، ص١٣٨٧، الشيباني، **نيل المأرب**، ج٢، ص١٦٩، بن ضويان، **منار السبيل**، ج٢، ص١٧٢.

(2) الشيباني، **نيل المأرب**، ج٢ ص١٦٩، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧.

(3) بن ضويان، **منار السبيل**، ج٢، ص١٧٢.

(4) المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٥٦، ابن تيمية، **المحرر**، ج٢، ص١٥٦، الفتوحي، **منتهى الإرادات**، ج٤، ص٩٨، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧، الشيباني، **نيل المأرب**، ج٢، ص١٦٩، بن ضويان، **منار السبيل**، ج٢، ص١٧٢، الزركشي، **شرح الزركشي** ج٢ ص١٤١، ابن القيم، **زاد المعاد**، ج٥، ص١٠٧

(5) ابن قدامة، **المغني** ج١٠ ص٧٠، الزركشي، **شرح الزركشي**، ج، ص٢٤٧.

(6) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص٧٠.

(7) الشيباني، **نيل المأرب**، ج٢، ص١٦٩.

(8) المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٥٦، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧، الفتوحي، **منتهى الإرادات**، ج٤، ص٩٩، الشيباني، **نيل المأرب**، ج٢، ص١٦٩، الحجاوي، **الإقناع**، ج٣، ص٣٤٩.

(9) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧.

(10) المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٥٦.

(11) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧.

(12) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٧، ص٢٤٤٧، المرداوي، **التنقيح المشبع**، ص٣٥٦.

حق الخيار للزوجة بفسخ العقد لعدم الوفاء بالشروط من قبل الزوج في القانون:

بين قانون الأحوال الشخصية أن للزوجة حق الخيار بطلب فسخ عقد زواجها ورفع أمرها إلى القاضي، لعدم وفاء الزوج بالشروط المشروطة، لها في عقد الزوج.

وقد بين القانون، نوع الشروط التي يحق لها أن تشترطها على الزوج، في عقد الزواج، وأنه إذا لم يف بها يثبت لها حق الخيار في المطالبة بالفسخ.

فإذا اشترط حين العقد شرطا نافعا، لأحد الزوجين، ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج، ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، وسجل في وثيقة العقد، وجبت مراعاته، وهذا ما نص عليه القانون في المادة(٣٧) والتي نصت على ما يلي:(إذا اشترط الزوجة حين العقد شرط نافع لأحد الزوجين ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقا لما يلي أ-إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا، ولا يمس حق غيرها، كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يسكنها في بلد معين، أو ان لا يمنعها من العمل خارج البيت، أو تكون عصمة الطلاق بيدها، كان الشرط صحيحا فإن لم يف بها الزوج، فسخ العقد بطلب الزوجة، ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية).

وقد بين القانون الشروط التي لا يلتزم الزوج بالوفاء بها، ولا يحق للزوجة طلب الفسخ، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٧) فقرة (ج) (إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده، أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنها، أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج، أو أن يشرب الخمر، أو أن يقطع أحد والديه، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا)

وقد بين القانون الشروط الواجب توفرها في الشروط(أن تكون عبارة الشروط واضحة ليس فيها لبس، وغموض؛ حتى يحق للزوجة الخيار في طلب الفسخ، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٨) فقرة (أ) (ينبغي أن تكون عبارة الشرط واضحة، مشتملة على تصرف، يلتزم به المشروط عليه، ليترتب على عدم الوفاء به أحكامه وآثاره).

واستثنى القانون شرط العصمة، واعتبر هذا الشرط بمثابة تفويض من الزوج للزوجة، وصلاحية هذا الشرط مستمرة بعد مجلس العقد، ولها الحق في إيقاع الطلاق بموجب هذا التفويض من الزوج، ويكون الطلاق بائنا، وهذا ما نصت عليه المادة(٣٨)فقرة(ب)(يستثني شرط العصمة من اشتمال عبارته على تصرف يلتزم به الزوج، ويكون بمثابة التفويض بالطلاق وصلاحيته مستمرة بعد مجلس العقد وتوقعه الزوجة بعبارتها أمام القاضي ويكون الطلاق به بائنا).

نوع الفرقة الحاصلة بسبب عدم الوفاء بالشروط قانونا: عدها قانون الأحوال الشخصية الأردني ((فرقة فسخ))، وجاء بنص المادة (٣٧) من قانون الأحوال الشخصية وأخذا برأي الحنابلة.

حالات سقوط خيار الزوجة بطلب فسخ العقد لعدم وفاء الزوج بالشروط قانونا

أولا: إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا ينافي مقاصده أو يلتزم به بما هو محظور شرعا: كأن تشترط الزوجة على الزوج أن لا يعاشرها معاشرة الأزواج، أو أن لا ينفق عليها، أو أن يقاطع أحد والديه، أو أن يشرب الخمر فان مثل هذه الشروط ساقطة غير معتبره، ولا يعتد بها؛ لأنها شروط باطلة، ولا يلزم الزوج بالوفاء بها مع بقاء عقد الزواج صحيحا، ولا يحق للزوجة أن تطلب فسخ عقد الزواج؛ لأن الشروط التي يحق لها أن تطلب الفسخ بعدم الوفاء بها هي الشروط الصحيحة النافعة للزوجة، ولم تكن هذه الشروط من مقاصد عقد الزواج.

وهذا ما نصت عليه المادة (٣٧) فقرة (ج): (إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده، أو يلتزم بما هو محظور شرعا، كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه، أو أن لا يعاشرها معاشرة الأزواج، أو أن يشرب الخمر، أو أن يقاطع أحد والديه كأن الشرط باطلا والعقد صحيحا).

ثانيا: أن لا يكون الشرط مدونا في عقد الزواج: فإذا كان الشرط بين الزوجين غير مدون في وثيقة عقد الزواج فلا يصح الادعاء به و لا تسمع البينة عليه وبالتالي فلا خيار للزوجة في طلب الفسخ لأجله[١].

ثالثا: إذا دون الشرط في وثيقة العقد على لسان الزوجة ولم يرد فيها ما يدل على قبول الزوج به وكانت صيغة الإيجاب والقبول التي تم العقد بموجبها لم تتضمن إقرار الزوج به فلا يكون الشرط ملزما للزوج و ليس للزوجة حق خيار الفسخ[٢].

رابعا: إذا اشترطت الزوجة على زوجها عدم الزواج بأخرى فارجع مطلقته رجعيا فليس للزوجه حق الخيار بطلب فسخ عقد الزواج لان الرجعة غير الزواج والزواج لابد من الإيجاب والقبول من المتخاطبين أصالة أو وكالة وان الرجعة تصح من قبل الزوج فقط قولا وفعلا و لا تحتاج إلى قبول من المطلقة رجعيا بل إنها تصح ولو رفضت المراجعة وحيث أن الشرط الذي اشترطته الزوجة في عقد الزواج ليكون حق الخيار بطلب التفريق منه إذا خالفه الزوج هو زواجه من أخرى وليس إرجاعه لمطلقته رجعيا

---

(1) عمرو، **القرارات القضائية في الأحوال الشخصية**، ص٢٢٤.انظر القرار ألاستئنافي القرار رقم ٠٧٦٨٤
(2) عمرو، **القرارات القضائية**، ص٢٢٥، انظر قريب من ذلك القرار رقم ١٦٥٠٦

والزواج غير الرجعة أضافه إلى أن المطلقة رجعيا مازالت زوجة للمطلق شرعا إلى انقضاء عدتها لذلك فانه لا يكون لها حق الخيار بطلب الفسخ لذلك[١].

خامسا: ان تفسير الزوجة شرطها بما يخالف المفهوم والمعنى اللغوي للشرط كما لو اشترطت عليه في العقد (أن يسكنها في مدينه الزرقاء وليس في مدينه جرش) وقبل الزوج ذلك فسكن الزوج معها في بيتها الكائن في الزرقاء وبعد أربعة أشهر طالبته بان يسكنها في بيت شرعي غير بيتها فهيأ لها بيتا شرعيا مستأجرا في منطقة الرصيفه بالقرب من مكان عمله مع بقائه مقيما معها في الزرقاء وترفض الانتقال إلى البيت الجديد في الرصيفه إلا عن طريق المحكمة وحيث أن الشرط المذكور (سكناها في مدينه الزرقاء وليس في جرش) هو شرطها ومعناه إن السكن من فعلها لان فاعل الفعل (لا تسكن) ضمير مستتر تقديره هي وعبارة (وليس جرش) معناها أن لا ينقلها إلى جرش وهذا يؤكد المعنى الأول المشروط على الزوج في أن تبقى ساكنه في الزرقاء لمصلحتها وان لا يجبرها علي الانتقال إلى جرش فيضع عليها مصلحتها في بقائها في الزرقاء وبقائها قريبه من أهلها او عملها الوظيفي فهو شرط نافع بهذا المعنى وليس في دعواها إي إلزام للزوج بعمل يقوم به سوى(الامتناع عن إزعاجها في نقلها جبرا للسكن في جرش بلده الأصلي) ولم يخالف الزوج في هذا فلم يمنعها من السكن في الزرقاء ولم تدع ذلك فهي لازالت تقوم بفعل السكن في الزرقاء ولم يقم بأي فعل ينافي ذلك حتى تطلب الفسخ فإن هيأ لها بيتا في جرش أو الرصيفه او غيره وحاول إجبارها على الانتقال إليه تمسكت بشرطها ولا تعد ناشزا وهذا فائدة شرطها وحيث انه لم يخل بالشرط ولم يجبرها على الانتقال من الزرقاء ولازالت ساكنه فيه ويعيش معها في الزرقاء فانه ليس لها حق الخيار في طلب الفسخ بهذا الشرط لوفاء الزوج به[٢].

التطبيق العملي لحق خيار الزوجة لطلب الفسخ لعدم الوفاء بالشرط.

لدى محكمة.................. الشرعية / القضايا

المدعية:................... وكيلها المحامي:...........

المدعى عليه:.............. وعنوانه للتبليغ:.............

موضوع الدعوى: فسخ عقد الزواج لشرط.

---

(1) عمرو، **القرارات القضائية**، ص٢٣٥- ٢٣٦، انظر القرار ألاستئنافي رقم ٢٧٨٨٦

(2) انظر القرار ألاستئنافي رقم ١٣٩٩/ ٢٠١٢- ٨٣٦٢٩ تاريخ٢٠١٢/٤/٢٤م غير منشور صادر عن محكمة استئناف عمان في القضية الشرعية رقم ٥٧٢٩/ ٢٠١٠، رقم الإعلام، ٢٦٦/ ١٨/١٨ والتي صدر فيها الحكم بتاريخ ٢٠١٢/١/١٨، وفي الحكم المذكور التزام من الزوج بشروط الزوجة وعدم مخالفته لها وبالتالي لا يكون لها حق الخيار بطلب الفسخ طالما التزم به الزوج.

الوقائع:

إن المدعى عليه هو زوجي الداخل بي بصحيح العقد الشرعي وقد جرى عقد نكاحي عليه بموجب وثيقة عقد الزواج رقم......... تاريخ...... وقد اشترطت عليه في الوثيقة المذكورة أن يجعل أمري بيدي أطلق نفسي إذا شئت وقبل الزواج على ذلك و أني الآن أرغب بإجراء فسخ عقد النكاح الجاري بيننا عملا بالشرط المذكور.

(إن المدعى عليه هو زوجي الدخل بي بصحيح العقد الشرعي وقد اشترطت عليه في عقد الزواج بأن لا يتزوج علي وقد تزوج ثانية وهي فلانة بموجب عقد زواج رقم...... وتاريخ...... وعملا بالشرط المذكور الذي لم يف به الزوج أطلب فسخ عقد النكاح الجاري بيننا).

إجراءات الدعوى:

١- تبليغ المدعى عليه.

٢- حضوره وإقراره أو إنكاره أو تغيب المدعى عليه واثبات المدعية لدعواها بالبينة الخطية المقنعة فإذا ثبت ذلك بالبينة أو بالإقرار يفسخ عقد النكاح الجاري بينهما ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

نموذج القرار:

بناء على الدعوى والطلب والتصادق والإقرار والبينة الخطية الرسمية المبرزة وعملا بالمواد ٧٩ من المجلة و٧٥ من قانون أصول المحاكمات الشرعية و٣٧ من قانون الأحوال الشخصية فقد حكمت بفسخ عقد النكاح الجاري بين المدعية والمدعى عليه بموجب وثيقة عقد الزواج رقم..... تاريخ........ والصادر عن هذه المحكمة لوجود شرطها عليه في طلاق نفسها إذا شاءت أو لعدم إيفائه بالشرط المنصوص عليه في وثيقة الزواج المتضمن عدم الزواج عليها أو عدم إخراجها من بلدها ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية وعليها العدة الشرعية اعتبارا من تاريخ هذا الحكم.

وجاهيا قابلا للاستئناف وتابعا له موقوف النفاذ على تصديقه من قبل محكمة الاستئناف الشرعية افهم علنا تحريرا في..........

الخاتمة

أولا: النتائج:

الحمد لله أولا وأخرا وأفضل الصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد فاني استخلص من هذه الدراسة النتائج التالية:

أولا: رتبت الشريعة الإسلامية على عقد الزواج حقوقا إذا وقع صحيحا، وواجبات بين الزوجين ورتبت أحكاما وآثارا كثيرة، على ذلك، وعند عدم الوفاء بهذه الالتزامات والواجبات فقد جعل للطرف المتضرر رفع الأمر إلى القاضي، إما بطلب فسخ عقد الزواج، أو الاستمرار فيه.

ثانيا: ان قانون الأحوال الشخصية يحدد سنا معينة للزواج، ولا يجيز زواج الصغار، أو توثيق زواجهم قبل هذا السن.

ثالثا: إن الكفاءة مشروعة في عقد الزواج:بالكتاب والسنة والمعقول وان القول بمشروعيتها يحقق مصلحة بين الزوجين، كما أن الكفاءة ليست شرط صحة في العقد، بل هي شرط لزوم.

رابعا: جعل الإسلام من مقاصد الزواج إشباع الغريزة بالاستمتاع المباح، وجعله حقا مشتركا بين الزوجين، ولهذا أعطى الزوجة حق الخيار في طلب فسخ عقد الزواج؛ لفقد زوجها وغيابه عنها، وإذا تعسف الزوج في استعمال حقه في هجر زوجته دون مبرر شرعيّ.

خامسا: يحق للزوجة رفع دعوى تطلب فيها فسخ عقد الزواج أمام المحاكم الشرعية المختصة، وذلك بعد مرور سنة من تاريخ حبس زوجها، وبعد الحكم عليه بعقوبة نهاية مقيدة للحرية مدتها ثلاث سنوات فأكثر.

سادسا: أعطت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب التفريق لعجز الزوج عن الإنفاق أو الإعسار عن دفع المهر وذلك بشروط إذا لم تتحقق يسقط حق الخيار في طلب التفريق.

سابعا: الشقاق والنزاع المستحكم بين الزوجين يصلح ان يكون سببا في التفريق بينهما.

ثامنا: أعطت الشريعة الإسلامية حق الخيار للزوجة إذا وجدت عيبا في زوجها تتضرر منه، وجعل لها حق الخيار في طلب الفسخ أو الاستمرار في الزواج إذا علمت بوجود عيب في زوجها، ولم تتضرر منه. حيث قسم القانون الاحوال الشخصية الدعاوى التي يحق للزوجة طلب التفريق للعيوب إلى ثلاثة أقسام، القسم الأول: الدعاوى المتعلقة بطلب التفريق للعيوب

الجنسية التي تحول دون بناء الزوج بزوجته كالجب والعنة و ألخصا، والقسم الثاني: الدعاوي المتعلقة بطلب المرأة التفريق للعيوب التي تعافها النفوس أو التي لا يمكن الإقامة معهـا بـلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الايدز، والقسم الثالث التفريق لجنون الـزوج بعد عقد الزواج.

تاسعا: أباح الإسلام شروطا في العقد، وحرم شروطا، فأباح ما فيه نفع لأحد الطرفين، ولـيس فيه اضرر بالطرف الآخر، وحرم ما فيه ضرر لأحد الطرفين، وجعل للطرف الآخـر عند عدم الوفاء بالشرط حق الخيار في طلب فسخ عقد الزواج.

ثانيا: التوصيات:

١- إن قانون الأحوال الشخصية هو البقية الباقية من القوانين المـستمدة مـن أحكـام الشريعة الإسلامية، لذا فان من الواجب على طلبـة العلـم الـشرعيّ، وخاصـة المنتسبين إلى قسم القضاء الشرعي النهوض بهـذا القـانون، وإجـراء البحـوث والدراسات على أقسامه المختلفة، بما يجعله يتصف بالمرونة في التطبيق يتناسب مع تغير الأحوال والزمان، مراعين في ذلك قواعد الشريعة الإسـلامية، وعـدم الخروج عن أصوله.

٢- من واجب المؤسسات العامة والأهلية التعاون لتفعيل دورها مع المحاكم الـشرعية من اجل تفعيل (دائرة الإصلاح الأسري) وفتح المجال أمام الـدعاة والمـصلحين والمختصين لا يجاد الحلول المناسبة لحل المنازعات الأسرية.

وفتح الكوادر التعليمية المتخصصة والمعاهد والجامعات وعقد دورات لتنـوير المـرأة بحقوقها وواجباتها في أحكام الأسرة.

٣- انشاء لجان ومؤسسات وجمعيات والاصلاح بين الزوجين .

فهرس الآيات

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ	الروم	٢١	١
كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللَّهُ الْحَقَّ وَالْبَاطِلَ	الرعد	١٧	٧
ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَأَنَّهُ يُحْيِ الْمَوْتَى وَأَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِير	الحج	٦	٧
يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعْ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ	ص	٢٦	٧
سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ	فصلت	٥٢	٧
يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً	الاحزاب	٢٨-٢٩	١٤
فإذا بلغن اجلهن	الطلاق	٢	٢٢
وَإِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ	البقرة	٢٣١	٥٠
الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ	البقرة	٢٢٩	٦٢
فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ	الطلاق	٢	٦٢
فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ	النساء	١٢٩	٨٠
وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَ	البقرة	٢٨٠	٩٢
وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقْ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ *عَلِيماً خَبِيراً*	النساء	٣٥	١٢٠

الصفحة	رقم الآية	السورة	الآية
١٣٦	١٠٢	البقرة	فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ
١٥٤	٣	المائدة	الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ
١٥٧	١	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
١٥٧	٨	المومنين	وَالَّذِينَ هُمْ لأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة و الآثار

- ابن الأثير، مجد الدين أبي السعادات مبارك بن محمد الجزريّ. **النهاية في غريب الحديث الأثر**.أشرف عليه واعتنى به علي بن حسن بن علي بن عبد الحميد الحلبيّ الأثريّ،الطبعة الأولى، دار ابن الجوزيّ،المملكة العربية السعودية ١٤٢١هـ.
- الأردبيلي، يوسف بن إبراهيم ،**الأنوار لأعمال الأبرار**. تحقيق خلف مفضي المطلق،الطبعة الأولى، الكويت، دار الضياء، هـ ١٤٢٧-٢٠٠٦م.
- الألباني، محمد ناصر الدين. **إرواء الغليل**، الطبعة الأولى، بيروت ،المكتب الإسلاميّ، ،١٣٩٩هـ ١٩٧٩م.
- الألبانيّ، محمد ناصر الدين. **ضعيف الجامع الصغير وزيادته**. أشرف على طبعه زهير الشاويش، الطبعة الثالثة، بيروت، المكتب الإسلاميّ، ١٤١٠هـ.
- الألباني، **سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة**. الطبعة الأولى، مكتبة المعارف بالرياض،١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- ابن أنس، مالك الأصبحيّ. **المدونة**. الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م.
- ابن أنس، مالك الأصبحيّ. **الموطأ**. خرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، ١٣٧٠ هـ، ١٩٥١.
- الباجي، سليمان بن خلف بن سعيد بن أيوب الباجي. **المنتقي شرح موطأ مالك**. تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٣٠هـ، ١٩٩٩م.
- البخاريّ، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل. **صحيح البخاري**.: تحقيق مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، ١٤٠٧هـ ١٩٨٧م.
- البعليّ، علاء الدين أبي الحسن علي بن محمد بن عباس الدمشقي الحنبليّ. **الأخبار العلمية من الاختيارات الفقهية**. تحقيق: أحمد محمد بن حسن الخليل، دار العاصمة،ب.ت.
- البعلي ،شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي. **المطلع على أبواب المقنع**، الطبعة الثالثة، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م، المكتب الإسلامي، بيروت

- البغداديّ، محمد عبد الوهاب بن علي نصر المالكيّ.**الإشراف على نكت مسائل الخلاف**.علق عليه مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، دار ابن القيم، المملكة العربية السعودية، ودار ابن عفان جمهوريه مصر العربية، ١٤٢٩ هـ، ٢٠٠٨م.
- البهوتيّ، منصور بن يونس بن إدريس. **كشاف القناع عن متن الإقناع**.تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، طبعة خاصة، دار عالم الكتب،الرياض، ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م.
- البيهقيّ، احمد بن الحسين بن علي. **السنن الكبرى**. تحقيق محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.
- بيومي، سميرة سيد سلمان، **الحبس في الشريعة الإسلامية**، الطبعة ١، دار الطباعة المحمدية القاهرة، ١٤٠٩ هـ، ١٩٩٨م.
- الترمذي محمد بن عيسى بن الترمذي ،**سنن الترمذي**، تحقيق احمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- التسولي، أبي الحسن علي بن عبد السلام. **البهجة شرح التحفة**. ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ، ١٩٩٨م.
- ابن تيمية، مجد الدين أحمد بن عبد الحليم. **المحرر**. تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، شارك في التحقيق محمد معتز كريم الدين، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧.
- ابن تيمية، **الاختيارات الفقهية من فتأوى شيخ الإسلام**، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٩٩٥م.
- ابن تيمية. **القواعد النورانية الفقهية باسمها الصحيح القواعد الكلية**، تحقيق محيسن بن عبد الرحمن المحيسن، الطبعة الأولى، مكتبه التوبة، الرياض، ١٤٢٣هـ.
- ابن تيمية، **الاختيارات الفقهية من فتأوي شيخ الإسلام**، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٩٩٥م.

- الجرجانيّ، علي بن محمد السيد الشريف. **معجم التعريفات**. تحقيق ودراسة محمد صديق المنشاوي،مصر: دار الفضيلة،١٤١٣م.
- ابن جزّي، ابن احمد الكلبيّ الغرناطي المالكيّ.**القوانين الفقهية**. تحقيق محمد بـــن سيدي محمد مولاي، ب. ت.
- الجصاص، احمد بن علي. **أحكام القران**. تحقيق محمد صـــادق قمحـــاوي، دار إحياء التراث، مؤسسة التاريخ العربيّ، بيروت، ١٤١٢هـــ ١٩٩٢م.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي. **أحكام القرآن**. تحقيق محمد صادق قمحـــاوي، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت ١٤٠٥هــ
- ابن جلاب، أبي قاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن البصريّ. **التفريع**. تحقيـــق حسين بن سالم الدهمانيّ، الطبعـــة الأولـــى، دار الغـــرب الإســـلاميّ، بيـــروت، ١٤٠٨هــ، ١٩٨٧.
- الحاكم النيسابوريّ، الحافظ أبي عبد الله محمد بـــن عبـــد الله. **المـــستدرك علـــى الصحيحين**. تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الثانية، دار الكتب العلميـــة، بيروت، ١٤٢٢هــ ٢٠٠٢م.
- ابن حجر، أبو الفضل شهاب الدين احمد بـــن علـــي ابـــن محمـــد العـــسقلانيّ الشافعيّ. **تلخيص الحبير**. علق عليه واعتنى به أبو عاصم حسن بن عبـــاس بـــن قطب، الطبعة الأولى، مؤسسة قرطبة، ١٤١٦هــ، ١٩٩٥م.
- ابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاريّ**. تحقيق عبد العزيز بن عبد الله ابن باز، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فواد عبد الباقي،أشرف على الطبعة محـــب الدين بن الخطيب، دار المعرفة،بيروت لبنان، ب. ت.
- ابن حجر، **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**. تحقيق سمير بن أمين الزهريّ: الطبعـــة السابعة، ١٤٢٤هــ، ٢٠٠٣م.
- ابن حجر العسقلاني، **تقريب التهذيب**، تحقيق: محمد عوامة، الطبعة الاولى، دار الرشيد، حلب، ١٤٠٦هــ،
- ابن حزم، علي بن احمد بن سعد. **المحلى**. تحقيق محمد منير الدمشقيّ، المطبعـــة المنيرية، مصر، ١٣٥١هــ.

- ابن حزم، **الإحكام في أصول الأحكام**، الطبعة الأولى دار الحديث القاهرة، ١٤٠٤هـ
- حسب الله، علي. **الفرقة بين الزوجين**. الطبعة الأولى، دار الفكر العربيّ، ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م.
- الحسينيّ، تقي الدين أبي بكر بن محمد الحصنيّ الدمشقيّ الشافعيّ. **كفاية الأخيار**. تحقيق: كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م.
- الحصكفيّ، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن الحنفيّ. **الدر المختار**. تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٣هـ ٢٠٠٤م.
- الحميريّ، علي بن محمد بن عبد الملك الكتاميّ. **بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام**. تحقيق: الحسين بن سعيد، الطبعة الأولى، دار مطبعة الرياض. ١٤١٨هـ ١٩٩٧م.
- الحنظليّ، محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس الرازي. **العلل لابن حاتم**. تحقيق: فريق من الباحثين، بإشراف وعناية سعد بن عبد الله الحميد، وخالد عبد الرحمن الجريسي، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ ٢٠٠٦م.
- الخرشيّ، أبي عبد الله محمد. **شرح الخرشي على مختصر خليل**. الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية ،بولاق مصر المحمية، سنة ١٣١٧.
- الخفيف، علي. **الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية**. دار الفكر العربيّ، مصر، ١٤١٦هـ ١٩٩٦م.
- الدار قطنيّ، علي بن عمر.**سنن الدار قطنيّ**. تحقيق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، الطبعة الأولى، دار المعرفة،بيروت، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستانيّ. **سنن أبي داود**. حققه: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، وشادي محسن الشياب، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق ،١٤٣٠هـ، ٢٠٠٩م.
- الدردير، أحمد بن محمد أحمد.**الشرح الصغير على أقرب المسالك**. أخرج أحاديثه مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، ب. ت.
- الدرعان ،عبد الله. **المدخل للفقه الإسلاميّ**. الطبعة الأولى، ،مكتبة التوبة، الرياض، ١٤١٣هـ ١٩٩٣ م.

- الدرينيّ، فتحي. **نظريات فقهية.** الطبعة الثانية، منشورات جامعة دمشق، ب. ت.
- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة. **حاشية الدسوقي علـــى الـــشرح الكبيـــر** لأبـــي البركات سيد أحمد الدردير. جمع بدار إحياء الكتب العربية يحيى الحلبي وشركاه.
- الرازيّ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر. **مختار الصحاح:** إخراج دائرة المعاجم في مكتبة لبنان – مكتبة لبنان، ١٩٨٦.
- الرحيباني، مصطفى السيوطي. **مطالب أولى النهى في شـــرح غايـــة المنتهـــيّ.** منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، ب. ت.
- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبيّ. **بدايـــة المجتهـــد ونهايـــة المقتصد.** الطبعة السادسة، دار المعرفة للطباعة والنـــشر، بيـــروت ١٤٠٣هـــــ ١٩٨٢م.
- الرمليّ، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين المنوفي ألحصري الأنصاريّ. **نهاية المحتاج إلى شرح المنهـــاج.** الطبعـــة الثالثـــة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـــ ٢٠٠٣م.
- الزحيلي محمد مصطفى الزحيلي **وسائل الإثبات في الـــشريعة الإســـلامية فـــي المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، ،مكتبة دار البيان، دمشق، ١٩٨٢ م
- الزحيليّ، وهبة. **الفقه الإسلاميّ وأدلته.** الطبعـــة الثانيـــة، دار الفكـــر، دمـــشق ١٤٠٥،هـــ ١٩٨٥م.
- الزرقا، مصطفى احمد. **الفقه الإسلاميّ في ثوبه الجديد.** الجزء الثالث: المـــدخل إلى نظرية الالتزام العام، الطبعة السادسة، مطبعة طربين، دمـــشق ،١٣٨٤هـــــ ١٩٦٥م.
- الزركشي، شمس الدين محمد بن عبد الله المصريّ الحنبليّ. **شـــرح الزركـــشي.** تحقيق عبد الله عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، الطبعة الأولى، مكتبة العبيكـــان، الرياض، ١٤١٣هـــ، ١٩٩٣م.
- أبو زهرة، محمد. **الملكية ونظرية العقد فـــي الـــشريعة الإســـلامية.** دار الفكـــر العربي، ب. ت.
- أبو زهرة، محمد أبو زهرة.**الأحوال الشخصية.** دار الفكر، ب. ت.

- أبو يحيى محمد حسن أبو يحيى، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، الطبعة الأولى، تصنيف، المكتبة الوطنية، عمان، ١٤١٩هـ ١٩٩٨م، الناشر المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان
- زيدان، عبد الكريم زيدان. **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية.** الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٣هـ ١٩٩٣م.
- الزيلعيّ، جمال الدين أبي محمد عبد الله يوسف الحنفيّ. **نصب الراية.** دار القبلة للثقافة الإسلامية، المكتبة المكية شرح أصل النسخة إدارة المجلس العلميّ وزاد تصحيحا ومقابله بمخطوطتين محمد عوامله.
- الزيلعيّ، فخر الدين عثمان بن علي الحنفيّ. **تبيين الحقائق.** الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، ١٣١٣هـ.
- ابن الساعاتيّ، مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب الحنفي. **مجمع البحرين و ملتقى النيرين.** تحقيق إلياس قبلان، الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية بيروت، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م.
- السبكيّ، محمد عبد اللطيف، ومحمد محي الدين عبد الحميد. **المختار من صحاح اللغة.** مطبعة الاستقامة، القاهرة، ب. ت.
- السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، ط٧، جامعة حلب ،١٩٦٥م
- السرخسيّ، شمس الدين. **المبسوط.** تصنيف: خليل الميس، دار المعرفة، بيروت،١٤٠٩هـ ١٩٨٩م.
- السرخسي، **أصول السرخسي**،، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٤هـ ١٩٩٣م
- السرطاويّ، محمود علي. **شرح قانون الأحوال الشخصية.** الطبعة الثانية، دار الفكر، عمان، ١٤٢٨هـ ٢٠٠٧م.
- السغديّ، أبي الحسن علي بن الحسين بن محمد. **النتف في الفتاوى.** تحقيق صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، دار الفرقان، عمان، ومؤسسه الرسالة، بيروت، ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م.
- السمرقنديّ، علاء الدين. **تحفة الفقهاء.** الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ ١٩٨٤.

- الشافعيّ، محمد بن إدريس.**الأم**. تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، الطبعة الأولى، دار الوفاء مصر، المنصوره ١٤٢٢ هـ ٢٠٠١م.
- الشافعيّ، **مسند الشافعيّ**. ترتيب الأمير أبي سعيد سنجر بن عبد الله بن الناصري الجاولي، تحقيق: ماهر ياسين الفحل، الطبعة الأولى شركه غراس الكويت، الجهراء، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م.
- الشثريّ، سعد بن ناصر عبد العزيز الشثريّ. **شرح عمدة الأحكام**. اعتنى به عبد الناصر بن عبد القادر البشبيشيّ، الطبعة الأولى، دار كنوز أشبيليا، المملكة العربية السعودية ١٤٢٩هـ ٢٠٠٨م.
- الشديفات، إبراهيم راشد محمد. **أحكام المفقود في الفقه الإسلاميّ والقوانين الأردنية**. الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م.
- الشرباصيّ، رمضان علي السيد. **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**. منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢م.
- الشربينيّ، محمد الخطيب. **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**. دار إحياء التراث العربيّ، بيروت لبنان، ب. ت.
- شلبي، محمد مصطفى. **أحكام الأسرة في الإسلام**. الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت ١٤٠٣هـ ١٩٨٢م.
- الشوكانيّ، محمد بن علي محمد. **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**. تحقيق أبو حصاد فاروق بن عوض الله،الطبعة الأولى، ،دار ابن القيم، ودار ابن عفان، السعودية،١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م.
- الشيبانيّ، محمد بن الحسن. **الحجة على أهل المدنية**. تحقيق: مهدي حسن الكيلانيّ القادريّ، عنيت بنشرة لجنة إحياء المعارف النعمانية ببلدة حيدر أباد الركن تحت مراقبة رئيسها: أبو الوفاء الأفغانيّ، عالم الكتب ببيروت، ب،ت.
- الشيبانيّ، عبد القادر بن عمر. **نيل المآرب بشرح دليل الطالب**. تحقيق محمد سلمان عبد الله الأشقر، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الكويت١٠٤٣هـ ١٩٨٣.
- الشيبانيّ، عبد الله محمد بن الحسن. **الجامع الصغير**. إدارة العلوم الإسلامية، باكستان،١٤١١هـ ١٩٩٠م.

- أبن أبي شيبة، عبد الله بن محمد الكوفيّ العبسيّ. **المصنف**. تقدم وضـبط: كمـال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، دار التاج، بيروت، ١٤٠٩، هـ ١٩٨٩م.
- الشيرازيّ، أبو إسحاق. **المهذب**. تحقيق: محمد الزحيلـيّ، الطبعـة الأولـى، دار القلم، دمشق، والدار الشامية، بيروت، ١٤١٧هـ ١٩٩٦م.
- الصابونيّ، عبد الرحمن. **المدخل لدراسة التشريع الإسلاميّ**. منشورات جامعة دمشق.
- الصابونيّ، عبد الرحمن. **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الـشريعة الإسـلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخـصية العربية**. تقديم محمد أبي زهرة، ومصطفى السباعي الطبعة الثانية دار الفكر.
- الصنعانيّ، محمد بن إسماعيل بن صلاح المعروف بالأمير. **مجمـوع الرسـائل الفقهية**. تحقيق خالد بن محمد بن عثمان المـصري، الطبعـة الأولـى، مكتبـة الفاروق الحديثة،القاهرة ،١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م.
- الصنعانيّ، محمد بن إسماعيل الأمير اليمنيّ. **سبل السلام**. تحقيق حازم علي بهجـت القاضي، مكتبه نزار مصطفى الباز، الرياض، مكة المكرمة، ١٤١٥هـ ١٩٩٥م.
- الصنعانيّ،عبد الرزاق بن همام. **المصنف**. تحقيق: حبيـب الـرحمن الأعظمـيّ، الطبعة الثانية، المكتب الإسلاميّ، بيروت، ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م.
- ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم. **منار السبيل**. تحقيق: زهيـر الـشاويش، الطبعة الخامسة، المكتب الإسلاميّ، بيروت، ١٤٠٢هـ ١٩٨٢.
- الطحاويّ، أحمد بن محمد بن سلامة الحنفي. **مختصر الطحاويّ**. تحقيـق أبـو ألوفـا الأفغانيّ، عنيت بنشره لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر أباد الركن بالهند، ب. ت
- طموم، محمد. **الحق في الشريعة الإسلامية**. الطبعة الأولى، ١٣٩٨هـ ١٩٨٧م، الناشر المكتبة المحمودية التجارية،مطبعة حسان، ب. ت.
- ابن عابدين، محمد حسين. **ردُّ المحتار**. تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلـي محمد معوض، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤١٥ هـ ١٩٩٤م.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمريّ القرطبيّ. **الاستذكار**. وثق أصوله، وخرج نصوصه، ورقمها، وقنن مسائله، وصـنع فهارسـه: عبـد المعطي أمين قلعجي، الطبعة الأولى، دار قتيبة، بدمشق وبيـروت، ودار الـوغي بحلب والقاهرة، ١٤١٤هـ **١٩٩٣م**.

- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبـــيّ. **الكـــافي**. الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ١٤١٣هـ ١٩٩٢م.
- ابن عبد الهادي، جمال الدين يوسف بن الحسن. **مغني ذوي الأفهام**. اعتنى بـــه أبو أشرف بن عبد المقصود، الطبعة الأولـــى، مكتبـــة دار طبريـــة، الريـــاض، ١٤١٦هـ ١٩٩٥م.
- ابن العربيّ، محمد بن عبد الله. **أحكام القرآن**. علق عليه: محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، ببيروت، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م.
- العمرانيّ، يحيى بن الخير بن سالم الشافعيّ اليمنيّ. **البيان**. تحقيق: قاســم محمــد النوريّ. الطبعة الأولى، دار المنهاج بيروت، ١٤٢١هـ٢٠٠٠م.
- القليوبي، شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي. **حاشية القليــوبي**، الطبعــة الثالثة، ١٣٧٥هـ ١٩٥٦م، شركة ومكتبة ومطبعة البابي الحلبي و الاولاده، مصر
- أعمر احمد عبد الهادي محمود، الدفوع التأجيلية وتطبيقاتها ،رسالة دكتوراه غيــر منشورة، ١١-٢، الجامعة الأردنية.
- احمد يوسف أبو هويدي، **دعوى التفريق للحبس من بدايتها الى نهايتها** ،بحــث محاماة، ٢٠٠٤م.
- عمرو، عبد الفتاح. **السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية**. الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، الأردن، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م.
- العمري، إسماعيل. **الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون**. الطبعة الأولى، مطبعة الزهراء الحديثة ،الموصل ،١٤٠٥ هـ ١٩٨٤م.
- العينيّ، محمود بن أحمد.**البانية شرح الهداية**. الطبعة الثانية، دار الفكر، بيــروت لبنان، ١٤١١هـ ١٩٩٠م.
- أبو غدة، عبد الستار. **الخيار وأثره في العقود**. الطبعة الثانية، مطبعـــة مقهــوي، الكويت ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م.
- أبو العينين، بدران. **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام**. الطبعة الثانية، مطبعــة دار التأليف، مصر، ١٩٦١.
- الغزاليّ، أبو محمد بن محمد. **الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعيّ**.تحقيق أحمد فريد المزيدي، الطبعة الأولى ،دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م.

- أبو الفتوح ،أحمد.**المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية**، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ ١٩١٣م، مطبعة البوسفور بشارع عبد العزيز مصر.
- الفتوحي الحنبليّ، تقي الدين محمد بن أحمد. **منتهى الإرادات**. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٩هـ ١٩٩٩م.
- الفوزان، صالح بن فوزان بن عبد الله. **الشرح المختصر على متن زاد المستنقع**. الطبعة الأولى، دار العاصمة بالمملكة العربية السعودية، الرياض، ١٢٢٤هـ ٢٠٠٤م.
- الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب. **القاموس المحيط**. تحقيق مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي،الطبعة الثامنة ،مؤسسة الرسالة، لبنان بيروت ،١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م.
- ابن قدامة، موفق الدين أبو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسيّ الجماعيليّ الدمشقيّ الصالحيّ الحنبليّ. **المغني**. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، وعبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤١٧هـ ١٩٩٧م.
- ابن قدامة،. **الكافي**. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، الطبعة الأولى، دار هجر للطباعة والنشر، ١٤١٨ هـ ١٩٩٧م.
- القدوريّ، أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوريّ. **التجريد**. دراسة وتحقيق: مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية: بإشراف: محمد احمد سراج، وعلي جمعة محمد، الطبعة الأولى، دار السلام، مصر، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م.
- القرافيّ، أحمد بن إدريس الصنهاجيّ. **الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق**. ومعه أدار الشروق على أنواء الفروق: قاسم بن عبد الله ابن الشاط، وبحاشية الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، محمد علي بن حسين المكي المالكي ،تحقيق خليل المنصور، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. **الذخيرة**. تحقيق محمد بو خبزة، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.

- القرطبيّ، محمد بن احمد أبي بكر. **الجامع الأحكام القرآن**. تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، ومحمد رضوان عرقسوسي، وماهر حبوش، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٧هـ ٢٠٠٦م.
- القزوينيّ، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعيّ الشافعيّ. **العزيز شرح الوجيز**. تحقيق: علي محمد معوض. وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ ١٩٩٧م.
- **القليوبي** ،شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي، **حاشية القليوبي،** الطبعة الثالثة، ١٣٧٥هـ ١٩٥٦م، شركة ومكتبة ومطبعة البابي الحلبي والاولاده، مصر
- ابن القيم، شمس الدين أبو عبد الله بن أبي بكر الزرعيّ الدمشقيّ. **زاد المعاد.** تحقيق: شعيب الأرناؤوط، وعبد القادر الأرناؤوط، الطبعة السادسة والعشرون، مؤسسه الرسالة، بيروت، مكتبه المنار الإسلامي الكويت ١٤١٢هـ ١٩٩٢م.
- ابن قيم ، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية،** تحقيق: نايف بن احمد احمد، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار علم الفوائد، مكة المكرمة الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
- ابن قيم. **إعلام الموقعين عن رب العالمين.** قدم له، وعلق عليه، وخرج أحاديثه وآثاره: مشهور بن حسن آل سلمان، شارك في التخريج أحمد بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزيّ بالمملكة العربية السعودية، ١٤٢٣ هـ.
- الكاسانيّ، علاء الدين أبي بكر بن منصور الحنفيّ. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،** تحقيق علي معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الثانية، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م.
- **ابن كثير،** إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي. **تفسير القرآن العظيم.** تحقيق: سامي بن محمد السلامة، الطبعة الثانية، دار طيبة السعودية الرياض، ١٤٢٠، هـ ١٩٩٩م.
- الكليبوليّ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان. **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**. أخرج آياته، وأحاديثه: خليل عمران المنصور، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤١٩هـ ١٩٩٨م.

- ابن ماجة، محمد بن يزيد القزوينيّ. **سنن ابن ماجه**. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.**ب.ت.**
- ابن مازة، برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخاريّ الحنفيّ. **المحيط البرهاني**. تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٤م.
- الماورديّ البصريّ،علي بن محمد بن حبيب. **الحاوي الكبير**. تحقيق: محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية،بيروت لبنان، ١٤١٤هـ ١٩٩٤م.
- مجمع اللغة العربيه. **المعجم الوسيط**. الطبعة الرابعة، مكتبه الشروق الدولية، مصر، ١٤٥٠هـ ٢٠٠٤م.
- محمد، فؤاد جاد الكريم محمد، وعبد الصبور خلف الله. **حق الزوجين في طلب التفريق بينهما بالعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية.** الناشر مكتبة مدبولي،مصر.ب.ت.
- المرداويّ، علاء الدين أبو الحسين علي بن سليمان. **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف**. قدم له واعتنى به: رائد بن حجر صبري ابن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية.
- المرداويّ، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الحنبليّ. **التنقيح المشبع**. تحقيق: ناصر ابن سعود بن عبد الله السلامة، الطبعة الأولى، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤٢٥هـ ٢٠٠٤م.
- المرداوي، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، تحقيق:عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين و عوض محمد القرني و احمد بن محمد السراج، الطبعة الأولى، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م ،
- المرغينانيّ، برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر. **الهداية**. اعتنى بإخراجه: نعيم أشرف نور أحمد، الطبعة الأولى، إدارة القرآن والعلوم الإسلاميه، باكستان، ١٤١٧هـ.

- المطرزيّ، ناصر الدين. **المغرب في ترتيب المعرب.** تحقيق: محمود فــاخوري، وعبد الحميد مختار، الطبعة الأولى، الناشر مكتبة أسامه بن زيد، سوريا، حلــب، ١٣٩٩هـ ١٩٧٩م.
- المغربيّ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن (المعروف بالحطاب الرعينيّ).**مواهــب الجليل لشرح مختصر خليل.** ضبطه ووضع آياته وأحاديثــه زكريــا عمــرات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت ،١٤١٦هـ ١٩٩٥م.
- ابن مفلح، شمس الدين محمد المقدسي. **الفروع.** ضبطه: رائد بن صبري بن أبــي علفة، بيت الأفكار الدولية، بيروت،٢٠٠٥م.
- المقرئْ، حمد بن محمد بن علي الفيوميّ.**المصباح المنير.** طبعة بلونين ميــسرة، مكتبة لبنان، ١٩٨٧م.
- ابن منظور الأفريقيّ المصريّ، جمال الدين محمد بن مكرم. **لــسان العــرب.** دار صادر بيروت، ب، ت.
- المنوفيّ، علي بن خلف المالكيّ المصريّ. **كفاية الطالب الربانيّ.** تحقيق: أحمــد حمدي إمام، الطبعة الأولى، مطبعة المدني، مصر القاهر،١٤٠٩هـ ١٩٨٩م.
- **الموسوعة الفقهية الكويتية،** الطبعة الثانية، طبع ذات الــسلاسل الكويــت وزارة الأوقاف للشؤون الإسلامية الكويت١٤١٠هـ ١٩٩٠م.
- الموصليّ، عبد الله بن محمد. **الاختيار لتعليل المختار.** تحقيق: شعيب الاناؤروط، وأحمد محمد برهوم، وعبد اللطيف حرز الله، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية **دمشق** ،١٤٣٠ هـ ٢٠٠٩م.
- الميدانيّ، عبد الغني الغنيميّ الدمشقيّ الحنفيّ. **اللباب شرح الكتاب.** تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، ببيروت لبنان.
- أبو النجا، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجــاويّ المقدســيّ. **الإقناع لطالب الانتفاع.** تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، بالتعــاون مــع مراكز البحث والدراسات العربية والإسلامية بدار هجر، الطبعــة الثالثــة، إدارة الملك عبد العزيز، الرياض ،١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م.

- ابن نجيم المصريّ، زين العابدين بن إبراهيم. **غمز عيون البصائر شـــرح كتـــاب الأشباه والنظائر**. الطبعة الأولـــى، دار الكتـــب العلميـــة، بيـــروت، ١٤٠٥هـــ ١٩٨٥م.
- النسائيّ، أحمد بن شعيب بن علي. **سنن النسائيّ**. تحقيق عبـــد الغفـــار ســـليمان البنداري و سيد كسروي حسن، الطبعة الأولى،، دار الكتـــب العلميـــة بيـــروت، ١٤١١هـــ ١٩٩٩م
- النسفيّ، حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود.**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. الطبعة الأولى، ضبطه وأخرج آياته وأحاديثه: زكريا عميرات، بيروت:دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ،١٤١٨هـــ ١٩٩٧م.
- ابن نصر المالكيّ، محمد عبد الوهاب علي. **المعونة على مذهب أهـــل المدنيـــة**. تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، الطبعة الأولـــى، دار الكتـــب العلمية،بيروت لبنان ،١٤١٨ هـــ ١٩٩٨.
- النوويّ، يحيى بن شرف الدين. **روضة الطالبين**. تحقيـــق: عـــادل أحمـــد عبـــد الموجود، وعلي محمد معوض، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، المملكة العربيـــة السعودية، ١٤٢٣-٢٠٠٣م.
- **النوويّ**. **صحيح مسلم بشرح النوويّ**. مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـــ ١٩٩١م.
- **النووي**،.**المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**. الطبعـــة الثانيـــة، دار إحيـــاء التراث العربيّ، بيروت، ١٣٩٢هـــ.
- النيسابوريّ، محمد بن إبراهيم بن المنذر. **الإشراف**. تحقيق: أبو حماد جعفر أحمد الأنصاري ،الطبعة الأولى، مكتبة مكة الثقافية الإمارات ١٤٢٦هـــ ٢٠٠٥م.
- النيسابوريّ،مسلم بن الحجاج القشيريّ. **صحيح مسلم**. تحقيق: محمد فـــؤاد عبـــد الباقي، الطبعة الأولى، دار إحياء الكتب العربية، لصاحبها عيسى ألبـــابي الحلبـــي وشركاه، توزيع دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ١٤١٢هـــ ١٩٩١م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السكندريّ الحنفيّ. **شرح فتح القدير**. علق عليه، وأخرج آياته وأحاديثه: عبد الرزاق غالب المهدي الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤٢٤هـــ ٢٠٠٣م.

- الهمام، مولانا الشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند الإعلام. **الفتـــاوى الهنديـــة.** ضبطه وصححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، الطبعة الأولـــى، دار الكتـــب العلمية، بيروت،١٤٢١هـــ ٢٠٠٠م.
- الهندي، محمد أمين كامل الهنديّ. **دعوى التفريق للشقاق والنزاع أمام المحـــاكم الشرعية الأردنية.** الطبعة الأولى، ١٤١٥هـــ ١٩٩٥م- مطابع وزارة الأوقـــاف والشؤون والمقدسات الإسلامية المشيرفه – ألرصيفه.
- عمر سليمان الأشقر، **الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردنـــي مـــع أسئلة للمناقشة وتمرينات**، دار النفائس، ط٢، ١٤٢١هــ، ٢٠٠١.
- كمال علي صالح الصمادي، **اجتهاد محكمة الاستئناف الـــشرعية فـــي مـــسائل التفريق التي لم يرد فيها نص خاصة في قانون الأحـــوال الشخـــصية**، الطبعـــة الأولى ،٢٠٠٦ م.
- زياد سامي جدعان الحجاج، **المدد و الأعذار وآثارهما وتطبيقاتهما في المحـــاكم الشرعية الأردنية**، رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية.
- معوض عبد التواب ،**الموسوعة النموذجية في الدفوع**، ج٣،، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي.

Abstract

This study aims to shed light on the right of option to wife in Islamic jurisprudence and the Personal Status Law of Jordan, has divided the study into two chapters: an introduction and a conclusion as well as indexes as shown in the foreground study the cause of selected then showed the problem of the study and the importance of the study, and then explained the methodology adopted in the study detectives message and then spoke in the first quarter from the concept of the right to Islamic jurisprudence and the concept of choice in Islamic jurisprudence and personal status law and the legality of the option for the wife and the wisdom of the legality and its divisions and then spoke in the second quarter: options for the wife in the dissolution of a marriage in the horizon of Islamic personal status law and affected by this option of personal factors, and temporal and spatial, and the means used, and the statement of its borders through research in original sources in Islamic jurisprudence comparative study between the schools of Islamic jurisprudence with a statement of opinion that swing in the partial Abgesha through the evidence on which to base her all the team and then a statement the opinion of the personal status law in question indicating how they are applied in practice in the field of religious judiciary in Jordan through lawsuits filed and related partially Search through the detail and the reality of working in the field of justice and legitimate claims that have a link with the right option for the wife in the area of personal status and indicate how to prove this right and a statement of the fall of this right in the jurisprudence and the personal status Law.